

Tvangsadopsjon

En gjennomgang av regelverk og rettspraksis

Kandidatnr: 216

Veileder: Lucy Smith

Leveringsfrist: 19.05.2003

Til sammen 17269 ord

19.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	<i>Innledning</i>	1
1.1	Litt historie og noen utgangspunkter for lovgivningen	2
1.2	Problemstilling	4
2	<i>Rettskilder og metode</i>	4
2.1	Det biologiske prinsipp	6
2.2	Minste inngreps prinsipp	7
2.3	Barnet beste	7
2.4	Legalitetsprinsippet	8
3	<i>Hvem er parter?</i>	9
3.1.1	Biologiske foreldre og adoptivforeldre	9
3.1.2	Barnets partsinteresser	11
3.1.3	Fosterforeldrenes partsinteresser	11
4	<i>Kort om fylkesnemnda</i>	12
5	<i>Vilkår for tvangsadopsjon</i>	13
5.1	Omsorgsovertakelse	14
5.1.1	Inngrepskriteriene	15
5.1.2	Grunnvilkår	15
5.1.3	Tiltaket må være nødvendig	17
5.1.4	Barnets beste	18
5.1.4.1	Barnets mening	20
5.1.4.2	Skader ved miljøskifte?	20
5.1.4.3	Negativ fokusering	21
5.1.5	Hvem rammes av vedtaket?	22
5.2	Fratakelse av foreldreansvaret	23
5.2.1	Nærmere om foreldreansvaret	24
5.2.2	Hjemmel for fratakelse av foreldreansvaret	27
5.2.3	Samtykke til adopsjon	28
5.3	Inngrepet må samsvare med EMK, særlig om art. 8	30
6	<i>Kort om beviskrav</i>	32
7	<i>Situasjonen på domstidspunktet</i>	33
7.1	Barnets beste på domstidspunktet	33

7.2	Saksbehandlingsfeil.....	34
8	<i>Rettspraksis.....</i>	35
8.1	Nasjonal praksis.....	35
8.1.1	Rt. 1982 s. 1687	36
8.1.2	Rt. 1985 side 344	38
8.1.3	Rt. 1990 s. 1274	39
8.1.4	Rt. 1991 s. 557	41
8.1.5	Rt. 1992 s 306	42
8.1.6	Rt. 2001 s.14	43
8.2	EMK art. 8 og internasjonal rettspraksis	45
8.2.1	Adele Johansen- dommen.....	45
8.2.2	K & T mot Finland.....	49
9	<i>Oppsummering.....</i>	51
	<i>Litteraturliste.....</i>	54
	<i>Rettspraksis.....</i>	55
	<i>Forarbeider og etterarbeider.....</i>	56

1 Innledning

Det er to former for adopsjon i Norge. Normalordningen er at prosessen foregår frivillig etter ønske fra de involverte parter. Den andre formen for adopsjon har hjemmel i barnevernsloven § 4-20 3. ledd og skiller seg fundamentalt fra den frivillige. Denne adopsjonsformen kalles tvangsadopsjon. Tiltak etter barnevernloven er ment å være midlertidige, men adopsjon er et unntak. Alle rettslige bånd brytes og konsekvensene er ugjenkallelige. Temaet for denne oppgaven er tvangsadopsjon, det mest inngripende tiltaket i barnevernretten.

Fylkesnemnda for sosiale saker har kompetansen til å gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted dersom vilkårene i barnevernloven er oppfylt. Foreldrene til barnet vil da først miste den daglige omsorgen, så foreldreansvaret for barnet før tvangsadopsjonen kan gjennomføres. For at et slikt inngrep skal være lovlig kreves det naturlig nok meget strenge vilkår. Når først adopsjonen er gjennomført vil alle juridiske bånd mellom biologiske foreldre og barn være brutt. På grunn av disse ugjenkallelige konsekvensene blir grundig saksbehandling og materielt riktige avgjørelser på dette området av svært stor betydning. Jeg vil se på rettspraksis og holder saker der foreldrene stiller seg positive til adopsjon utenfor oppgaven. Det er ikke naturlig å ta dette med i en oppgave som primært dreier seg om tvangsinngrep fra offentlig myndighet. Den første dommen om tvangsadopsjon er gjengitt i Rt. 1982 s.1687. I denne saken ble hjemmelsspørsmålet vurdert og Høyesterett konstaterte at det foreligger hjemmel til å frata foreldrene sitt foreldreansvar i adopsjonsøyeblikket. Etter denne dommen har temaet vært oppe til behandling flere ganger og det har vist seg at staten har nådd frem med sine påstander i de fleste sakene. Det er mange grunner til at staten stort sett vinner i saker som dreier seg om tvangsadopsjon, mest nærliggende er nok at sakene som kommer inn for Høyesterett er meget alvorlige og at det av den grunn er riktig å frata foreldreansvaret.

Temaet ble aktualisert etter at Norge ble dømt i Strasbourg for overtredelse av EMK. Art. 8. Jeg kommer nærmere inn på denne dommen under redegjørelsen for rettspraksis.

1.1 Litt historie og noen utgangspunkter for lovgivningen

Familiens vern mot offentlig inngrep er lovfestet en rekke steder både nasjonalt og internasjonalt, EMK stiller strenge krav til den konkrete situasjonen før inngrep samsvarer med konvensjonen. I enkelte land er også denne retten grunnlovfestet. Tanken om at offentligheten skal kunne tre inn i privatlivets sfære har likevel fått et godt fotfeste i de fleste moderne sivilisasjoner.

Den første loven på barnevernets område kom allerede i 1896 og var med på å gjøre Norge til et foregangsland når det gjaldt barnevern. Loven fikk navnet verjerådslova og ble utarbeidet av Bernard Getz¹. Tove Stang Dahl utalte i sin doktoravhandling:

”Barnevernet som ide ble produsert ute, reproduisert av Getz, og akseptert av lovgivende myndigheter hjemme”².

Med dette sikter hun til at det som skjedde Norge ikke kan sees uavhengig bevegelsene i Europa på denne tiden. Norge var det første landet i verden med slik lovgivning og loven ble naturlig nok preget av datidens moral og etikk. Grunntanken er imidlertid den samme som i dag. Dersom foreldre ikke maktet å ta vare på sine barn skulle det offentlig komme inn som verge. I denne tiden var samfunnet preget av mye ungdomskriminalitet og et av formålene med loven var at man skulle se på denne kriminaliteten i lys av forsømmelser fra foreldrenes side. Fengselsstraffen skulle for eksempel erstattes av en mer utstrakt bruk av skolehjem. Et eksempel på institusjoner for barn var såkalte barneasyl. Disse var preget av strenge regler og disiplin. Tove Stang Dahl har sammenliknet disse med dagens arme³. Asylene hadde kompanier, sentralledelse, eneceller, og utstrakt bruk av kommando.

¹ St.meld. nr. 40 (2001-2002) s. 18

² Dahl 1992 s. 106

³ Dahl 1992 s.42

Dårlig statlig økonomi førte til vanskeligheter samtidig som barneverninstitusjonene fikk et dårlig rykte. Dette førte til at de gode intensjonene i Loven ble vanskelig å gjennomføre. Etter krigen kom en revisjon av den første loven og i 1953 ble en ny lov om barnevern vedtatt. Lovteksten er i denne loven gitt en mer forståelsesfull språkdrakt. Med dette mener jeg at det lå en mer omsorgsfull tankegang til grunn i loven.

Et viktig element i denne loven var at tvang bare skulle kunne brukes der andre tiltak var forsøkt tideligere og vist seg å være nytteløse. Denne tanken fikk god grobunn og er i dag en viktig del av dagens lovgivning. Blant annet skulle plassering utenfor hjemmet bare brukes som en siste utvei⁴. Det var med denne loven at tanken om forebygging virkelig skjøt fart, dette kom tydelig frem av lovens § 1 der barnevernet ble pålagt å følge med utviklingen til barn og unge. Nå var det forebygging, retteledning og rådgivning som skulle prege barnverntjenesten. Dette er også et av hovedpunktene i dagens lov som er utstyrt med et eget kapittel som omhandler dette jf. Barnevernloven av 17. juli 1992 nr. 100 kapittel 3.

Utviklingen mot dagens barnevernslov startet med oppnevningen av sosiallovutvalget i 1980⁵. Loven fra 1953 ble erstattet med lov om barneverntjenester 17.07 1992 nr. 100.

Den nye loven er forankret i flere prinsipper som vil bli behandlet senere i oppgaven. For ordens skyld nevner jeg det biologiske prinsipp, prinsippet om barnets beste, legalitetsprinsippet og det minste inngreps prinsipp. Sosialpolitiske forandringer på 1980 og 1990- tallet hadde også betydning for lovens innhold. Blant annet kan nevnes stortingsmeldingen om barne og ungdomsvernet som ble lagt frem i 1985. Etter denne ble det satt i gang en fireårig handlingsplan for å styrke og utvikle dette vernet⁶.

Det største løftet fikk barnevernet, da det i 1991-1993 ble øremerket 1300 millioner kroner til barneverntjenesten. Det hadde lenge vært behov for utbygging av tjenesten og nå var det også politisk vilje til å bruke kapital for å løse problemet.

⁴ St.meld nr. 40 (2001-2002) s. 18

⁵ Lucy Smith Barn og foreldre side 170

⁶ St.meld.nr.40 (2001-2002) s. 21

1.2 Problemstilling

Hjemmel for å gi samtykke til adopsjon mot foreldrenes vilje er bvl. §4-20. Alle juridiske bånd mellom barn og biologiske foreldre bli kuttet etter gjennomført adopsjon jfr. adopsjonsloven § 13 første ledd. Det ligger i sakens natur at dette er et svært inngripende tiltak som krever gode grunner.

Befringutvalget har vurdert fratakelse av foreldreansvar og adopsjon⁷. Det kom frem at utvalget så på tvangsadopsjon som meget inngripende, men konkluderte likevel med at det i enkelte situasjoner vil være til det beste for barnet å bli adoptert.

Et klart utgangspunkt i barnevernsaker er at tiltakene som utføres skal være midlertidige, men tvangsadopsjon er permanent. Oppgavens tema vil være å kartlegge vilkårene for at fylkesnemnda kan gi samtykke til adopsjon.

2 Rettskilder og metode

Barnevernet er en del av forvaltningen og sorterer dermed under forvaltningsretten. Lovgivningen er sentral og de ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper vil gjelde også på dette området. Lovens forarbeider kan være med å avklare hva lovgiver ønsket og oppnå med loven og vil også her være en del av bakgrunns materialet. Også etterarbeidene har vært sentrale i barnevernretten. Befringutvalget har laget en såkalt tilstandsrapport der hele barnevernloven blir gjennomgått og vurdert⁸. Dette er det største arbeidet som er gjort i forbindelse med loven av 1992 og har hatt stor betydning for anvendelsen av loven.

Rettspraksis har særlig betydning på dette feltet. En av grunnene til dette er at hjemmelen for inngrep nødvendigvis i en viss utstrekning baseres på skjønnsmessige

⁷ NOU 2000:12 s. 150

kriterier. Da 1992 loven ble utarbeidet ble det jobbet mye med å unngå skjønnsmessige ord og uttrykk, men det har vist seg vanskelig å unngå dette.

Den viktigste loven som hjemler tvang, i barnevern, er lov om barneverntjenester 1991 nr. 81. I denne oppgaven vil flere lover være grunnlaget for redegjørelsen. Barneloven v 1981 nr.7, Adopsjonsloven av 1986 nr. 8, psykisk helsevernloven av 199 nr.62, opplæringslova av 1998 nr 61, pasientrettighetsloven 1999 nr 63.

FN konvensjonen om barns rettigheter (barnekonvensjonen) ble ratifisert av Norge 8.januar 1991 og vil trolig bli tatt inn i menneskerettsloven å få en sterkere plass i norsk rett⁹. Forholdet mellom norsk rett og folkerett kan beskrives som dualistisk, altså to separerte systemer og at det i siste instans er opp til nasjonalstaten å bestemme^{10 11}. Dette utgangspunktet modifiseres noe av presumsjonen om at norsk rett samsvarer med folkeretten. På menneskerettsområde har vi grunnlovsbestemmelse som lovfester en sikring av menneskerettene jfr. grl. 110 c. I tillegg til denne er EMK gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 jfr. § 2. Etter dette har også internasjonal praksis fått stor betydning for nasjonal praksis. Carsten Smith har uttalt seg om hvilken vekt konvensjonene har. Han uttrykker at konvensjonene har trinnhøyde mellom lov og grunnlov¹².

Den nasjonale lovgivningen, EMK og rettspraksis vil være bakgrunns materialet for gjennomgangen.

Vilkårene for omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvaret i adopsjonsøyemed kommer til en viss grad frem av de nevnte lover, men har også vokst frem av rettspraksis. Fremstillingen baserer seg på den alminnelige juridiske metode slik denne er nedfelt i rettskildelæren, hovedvekten legges de lege lata (slik reglene er).

⁸ NOU 2000:12

⁹ Ot.prp. nr.29

¹⁰ Fleischer, folkerett, 7.utgave Oslo 2000, s.18-19 og s.328 flg.

¹¹ Haugli 2000, s.61

¹² Smith Carsten, Mennesker og rettigheter 1999 s. 266 flg.

2.1 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp innebærer en erkjennelse av at det har en egenverdi å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette prinsippet er lagt til grunn i forarbeidene til barnevernloven, rettspraksis og er forankret i juridisk teori. Sakkyndige uttalelser og rettspraksis bygger på prinsippet. Det er enighet om dette utgangspunktet også i de fleste fagmiljøer, men det er uenighet om hvor mye vekt dette prinsippet skal tillegges. I en rekke høyesterettsdommer er dette tatt med i vurderingen når fratakelse av foreldreansvar i adopsjonsøyemed er behandlet. Vektleggingen av prinsippet ble drøftet i Rt. 1994 s. 805 på side 810. Det ble utalt at prinsippet skal vektlegges, men at avgjørelsen skal bygge på en samlet konkret vurdering.

Prinsippet samsvarer med barnekonvensjonens art 9 som har som utgangspunkt at statene garanterer at barn ikke skal skilles fra sine foreldre. Dette prinsippet bygger ikke bare på tanken om at det er foreldrenes rett som vernes, men på en grunnleggende tanke om at barn trenger sine biologiske foreldre. Nære bånd mellom biologiske foreldre og barn, faren ved å flytte barn, og usikkerhetsmomenter knyttet til et nytt miljø er med på å forsterke prinsippet. Dette prinsippet vil i mange sammenhenger tale mot en fratakelse av foreldreansvaret.

Ikke alle foreldre har like godt utviklede omsorgsevner, men det er bare unntaksvis at situasjonen tilsier inngrep fra det offentlige. Det kan ikke kreves at alle foreldre er like gode, og det kan heller ikke være slik at dersom det finnes bedre alternativ til biologiske foreldre kan disse velges. Minstenormen for hva som må kunne kreves er vanskelig å definere. Når det offentlige vurderer å overta omsorgen for et barn må belastningen ved å bli flyttet veies mot fortsatt videre omsorgssvikt og/eller overgrep i hjemmet¹³.

¹³ St.meld.nr.40 (2001-2002) s. 20

2.2 Minste inngreps prinsipp

Når det offentlige beslutter å gripe inn i den private sfære vil et annet prinsipp gjøre seg gjeldende, det minste inngreps prinsipp. Tanken bak dette er at det offentlige ikke skal iverksette unødvendige inngrep dersom problemet kan avhjelpes ved bruk av mindre drastiske tiltak. Prinsippet kommer bla. til uttrykk i bvl. §§ 4-4 og 4-12

Kravet om proporsjonalitet har en sentral plass i forvaltningsretten i mange land i Europa og gjelder for alle inngrep som foretas av barnevernet. Fratakelse av foreldreansvaret i adopsjonsøyemed kan følgelig ikke iverksettes dersom det er andre og mindre inngripende løsninger på problemet. Dette gjelder ikke bare i forbindelse med tvangsadopsjon, men som et generelt prinsipp.

Det kan ikke uten videre sies at det kreves forholdsmessighet på dette område. Dersom det kan vises til at barnet får det litt bedre, vil ikke det at foreldrene får det mye verre ha noen betydning. Dersom tiltaket er til barnets beste vil det likevel kunne gjennomføres. Det kan med andre ord ikke tales om det normale forholdsmessighetsprinsippet i denne sammenhengen. Poenget her er at det offentlige skal velge det minst inngripende tiltak som kan løse situasjonen til det beste for barnet. Prinsippet har også det befringutvalget kalte en ”vær varsom –verdi”¹⁴, det skal ikke gjøres mer vidtgående tiltak enn det som er nødvendig ut fra situasjonen. Dette kan komme i spenningsforhold mellom prinsippet om rett hjelp til rett tid. Dersom det vises for stor varsomhet med å iverksette tiltak kan det føre til at barn ikke får nødvendig hjelp.

2.3 Barnet beste

Den klare hovedregel i barnevernretten er at tiltak som gjøres skal være i samsvar med prinsippet om barnets beste jfr. bvl. § 4-1. Loven inneholder enkelte momenter som skal med i en vurdering av hva som er barnets beste, men § 4-1 er ikke uttømmende, det eneste den nevner er at det ”...skal legges vekt på å gi barnet stabil og god

¹⁴ NOU 2000: 12 s. 72

voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”. Dette prinsippet fører til at selv om de objektive vilkårene for å overta omsorgen eller foreldreansvaret foreligger, vil det ikke kunne gjennomføres dersom det ikke vil være til det beste for barnet. Jeg kommer nærmere inn på prinsippet i kapittel 4.1.4.

2.4 Legalitetsprinsippet

Vi befinner oss i kjernen av legalitetsprinsippet. Det kreves hjemmel i lov for at det offentlige kan foreta inngrep i familielivet, følgelig kreves det hjemmel for at det offentlige kan gi samtykke til adopsjon mot foreldrenes vilje. Som oppgaven viser foreligger det slik hjemmel i norsk rett. Det har vært hevdet at legalitetsprinsippet er relativt. Dette innebærer at jo mer inngripende et tiltak er, jo strengere krav stilles til hjemmelens klarhet. Elisabeth Gording Stang har i sin avhandling¹⁵ tatt følgende utgangspunkt:

”Når det er tvil om barnets fremtidige utvikling, kan det være naturlig å ta følgende utgangspunkt: Jo mer inngripende vedtaket er og jo mer usikkert det er hva som er barnets beste, jo klarere hjemmel bør vedtaket ha”.

Siden det her dreier seg om et meget inngripende tiltak er utgangspunktet være at det kreves helt klar hjemmel. Etter ordinær forvaltningsrett er legalitetsprinsippet et argument mot å tolke tvangshjemler utvidende. Hensynet til barnets beste vil imidlertid være et motargument mot å kreve for klar hjemmel

Legalitetsprinsippet blir vanligvis ansett for å være en skranke for forvaltningens vedtak om tvang. Barnets beste vurderingen kan i enkelte situasjoner føre til at legalitetsprinsippet ikke blir like sterkt som på andre forvaltningsområder. I enkelte saker kan det forekomme en konflikt mellom kravet til hjemmel og hensynet til barnets beste. Lucy Smith har argumentert for at barnets beste vurderingene kan rettferdiggjøre en utvidende tolkning av barnevernloven¹⁶. Avhandlingen hennes bygget på 1953 loven, men jeg antar at dette også gjelder etter at 1992 loven kom. En forutsetning for

¹⁵ Stang 1995 s.8

¹⁶ Smith 1980 s. 292

dette er at det fremstår som klart hva som er det beste for barnet¹⁷. Av dette kan det ikke sluttet at det ikke kreves hjemmel for administrative tvangsvedtak, men at ordlyden kanskje kan tolkes noe utvidende der dette er i samsvar med barnets beste. I forhold til andre tvangssaker kan barnets beste momentet altså modifisere kravet om hjemmelens klarhet.

3 Hvem er parter?

I barnevernsaker er partsbegrepet regulert av forvaltningsloven § 2 e. Partsbegrepet i barnvernsaker er således i utgangspunktet det samme som ellers i forvaltningsretten. Som part regnes: ”person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder” jfr. forvaltningsloven § 2 e. Det normale vil da være at barnets foreldre med foreldreansvar er parter i saken. Med ”foreldre” forstås ikke nødvendigvis bare de biologiske foreldre, det avgjørende er hvem som har foreldreansvaret. Hvem som er parter avhenger i stor grad av hvilket stadiet saken befinner seg på. I denne sammenhengen legger jeg størst vekt på adopsjonsstadiet der både omsorgen og foreldreansvaret er fratatt foreldrene. Med adopsjonsstadiet mener jeg saken om samtykke til adopsjon skal gis til adopsjon.

3.1.1 Biologiske foreldre og adoptivforeldre

Det normale er at foreldre med foreldreansvar er parter i barnevernsaker som omhandler deres barn. Dersom omsorgen eller foreldreansvaret blir fratatt foreldrene vil de være parter i saken der den behandler en eventuell opphevelse av vedtaket.

¹⁷ Stang s.18

I denne oppgaven er det et sentralt poeng å se på situasjonen der foreldre ikke har foreldreansvar (for nærmere redegjørelse av foreldreansvaret viser jeg til kap.4.2.1). På adopsjonstadiet ville de frem til kjennelsen i Rt. 1999 s. 173 ikke ha partsrettigheter. Dette betød i praksis at en mor eller far uten foreldreansvar ikke var parter når saken gjaldt hvorvidt samtykke til adopsjon skulle gis. Dette gikk frem av en kjennelse i Rt. 1994 s. 1654 og fremsto nok som urimelig for dem som var i en slik situasjon. Det vil trolig være en liten trøst å vite at de kunne overprøvd fratakelsen av omsorgen og foreldreansvaret. Høyesterett gikk bort fra det klare utgangspunktet fra 1994 dommen i en kjennelse inntatt i Rt. 1999 s. 173. I denne kjæremålssaken ble det uttalt at:

”Høyesterett finner at den rettsoppfatning kjæremålsutvalget har gitt uttrykk for i Rt. 1994 s. 1654, ikke bør opprettholdes”

Det er også slått fast i juridisk teori at foreldrene også etter at de er fratatt foreldreansvaret vil være parter i sak om samtykke til adopsjon¹⁸. I praksis vil trolig ikke det overnevnte representerer store problemer. Dette bygger jeg på at det reelle bruddet mellom foreldre og barn skjer ved fratakelsen av foreldreansvaret. I saken om fratakelse av foreldreansvaret vil selvfølgelig foreldrene være parter. På dette tidspunktet er foreldrene med foreldreansvar parter.

Der mor har foreldreansvaret alene og er i live vil det ikke være særlige spørsmål som reises, far vil da ikke anses som part i saker om tvangsadopsjon. Annerledes blir det der mor har foreldreansvaret alene og dør. Spørsmålet blir da om biologisk far uten foreldreansvar kan reise slik sak. I kjennelsen i Rt. 2000 s. 1498 ble dette spørsmålet vurdert. Her var situasjonen at mor hadde foreldreansvaret alene helt frem til hun døde. Fylkesnemnda vedtok at barnet skulle adopteres bort. Dette protesterte barnets biologiske far mot og reiste sak. Her ble det reist spørsmål om biologisk far uten foreldreansvar vil kunne være part i adopsjonssaker når biologisk mor er død. Kjæremålsutvalget kom til at far er part i slike situasjoner. I sin vurdering henviste utvalget til Rt. 1994 s. 1654. Videre ble det henvist til modifiseringen i kjennelsen i Rt. 1999 s. 173 og stadfestet at biologisk far uten foreldreansvar vil kunne reise sak der mor med foreldreansvar er død.

¹⁸ Tjomsland 2002 s. 120

Det kan synes forbausende at biologisk far vil ha større partsrettigheter der mor dør enn det er mens hun ennå er i live. Det er jo klart at far ikke er part i saken dersom han ikke har foreldreansvaret og mor er i live.

3.1.2 Barnets partsinteresser

Fra barnet er 15 år kan barnets selv opptre som part i egne saker jfr. bvl. § 6-3.

Utviklingen i norsk rett går stadig mot å gi barna sterkere innflytelse på sin egen situasjon. Barns partsevne går frem av bvl. § 6-4. Det kommer klart frem av loven at fra fylte 12 år skal det legges vekt på hva barnet sier, før det skal barnet i alle fall få uttale seg og barnets alder og utvikling avgjør vekten av dets mening jfr. bvl. § 6-3.

Justisdepartementet sendte ut et høringsnotat (i forbindelse med arbeidet med hvordan FNs barnekonvensjonen best mulig kunne innarbeides i norsk rett) med en rekke endringsforslag. Et av disse var å senke barns ubetingede rett til å bli hørt fra 12 til 7 år i saker om adopsjonsbevilgning skal gis¹⁹.

3.1.3 Fosterforeldrenes partsinteresser

Fosterforeldrene er ikke parter i saken på adopsjonsstadiet, de anses som barnevernets hjelpere²⁰. De er kun innvilget en uttalerett der saken dreier seg om omsorgsovertakelse jfr bvl. § 4-21. Dette fremgår av Barne og familiedepartementets rundskriv om saksbehandlingsreglene i barneverntjenesten at fosterforeldre heller ikke i utgangspunktet er parter i saker som gjelder flytting av barn. I slike saker vil barnets

¹⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

tilknytning til fosterforeldrene, og varigheten av plasseringen være momenter i vurderingen av om fosterforeldrene skal innvilges partsrettigheter. Det kreves en spesiell tilknytning og nærhet fosterforeldrene skal få partsrettigheter.

Dersom fosterforeldrene innvilges partsrettigheter vil de ha de samme rettigheter som andre parter. Dette medfører bla. rett til advokatbistand, dokumentinnsyn, klagerett etc.

4 Kort om fylkesnemnda

I saker om tvang er det fylkesnemnda for sosiale saker som har vedtakskompetanse jfr. barnevernloven § 7-2. Der beslutningskompetansen før lå hos barnevernsnemnder har denne nå altså blitt flyttet til en egen fylkesnemnd, et domstollignende organ.

Fylkesnemnda ble etablert bla. med tanke på å bedre rettssikkerheten i saker med inngrepende karakter og ble på mange måter svaret på kritikken mot de kommunale nemnder²¹. Kritikken gikk bla. ut på at barnevernet både skulle ta initiativ til saker og senere avgjøre de konkrete sakene etter sin vurdering²². Det blir ansett for svært viktig at saksbehandlingen er god i tvangssaker etter barnevernloven. Nemnden er bygget opp av en fylkesnemndsleder som skal være jurist og ha erfaring, to lekdommere og to sakkyndige jfr. lov om sosiale tjenester § 9-2. Nemndslederen skal etter lovendring av 4. juni 1999 ansettes i fast stilling. Dersom partene er enige om det kan nemndslederen beslutte at det ikke skal benyttes sakkyndige i en konkret sak jfr. sosialtjenesteloven § 9-6. Nemnden er normalt førsteinstans i tvangssaker, men kan også i enkelte tilfeller

²⁰ Tjomsland 2002 s. 121

²¹ Kjønstad 2002 s.121

²² Kjønstad 2002 s. 56

være klageinstans i saker der barnevernet har vært førsteinstans, for eksempel midlertidige og foreløpige vedtak i akuttsituasjoner²³.

Fylkesnemnden er et forvaltningsorgan og tvistemålslovens regler gjelder så langt de passer jfr. sosialtjenesteloven § 9-8 siste ledd. Nemndsbehandlingen oppfyller de krav som EMK stiller til domstolsbehandling. Rent administrativt er nemnda underlagt Barne og Familiedepartementet, men det er begrenset hva departementet har å si på fylkesnemndas område:

”Fylkesnemnda kan ikke instrueres av regjering eller departement”²⁴

Det er klart at alle sider ved vedtak fattet av fylkesnemnda kan overprøves ved ordinær domstolsbehandling, saken vil da reguleres av tvml. kapittel 33. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 6 vil det da være barnets aktuelle situasjon som skal legges til grunn for avgjørelsen. Dette medfører i praksis at eventuelle saksbehandlingsfeil tidligere i prosessen vil være irrelevante dersom barnets situasjon tilsier at vedtaket nå skal opprettholdes.

5 Vilkår for tvangsadopsjon

En rekke vilkår må være oppfylt før fylkesnemnda kan samtykke til en adopsjon mot foreldrenes vilje. I den videre fremstillingen vil jeg se nærmere disse. Av bvl. § 4-20 kommer det frem at omsorgen og foreldreansvaret må være fratatt foreldrene, at det er overveiende sannsynlig at foreldrene varig vil være ute av stand til å gi forsvarlig omsorg eller at det vil føre til alvorlige problemer å flytte barnet pga tilknytningen barnet har fått til mennesker det nå er hos, at det er til barnets beste, at barnet har vært

²³ BFD- retningslinjer om saksbehandling i barneverntjenesten, kapittel 6

²⁴ NOU 2000:12 s. 187

hos fosterforeldre en stund og at de har vist seg skikket til oppgaven. I tillegg stilles det krav om at inngrepet anses nødvendig og at hjelpetiltak er forsøkt eller vurdert som nytteløse. Det skal foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.

5.1 Omsorgsovertakelse

Omsorgsovertakelse vil i praksis si at det offentlige overtar den daglige omsorgen for barnet og flytter det bort fra foreldrene. Det daglige ansvaret som innbefatter mat, klær, hygiene og andre basale behov vil etter overtakelsen ikke lenger ligge hos foreldrene.

Inngrepets art tilsier at vilkårene må være stramme og at omsorgsovertakelse bare kan være aktuelt i alvorlige situasjoner. Dette høres fornuftig ut, men det kan medføre problemer å legge listen for høyt i disse sakene. Det er som nevnt barnets beste som skal ligge til grunn for vedtak som fattes på barnevernets område. Dersom listen for å gripe inn settes for høyt, og det blir for stor vekt på bestemmelsens karakter av unntaksbestemmelse, står man i fare for å sette barnets interesser til side.

I tidligere lovgivning måtte det foretas en nåtids og fremtidsvurdering av barnets situasjon. Dette ble endret i loven fra 1992. loven omfatter nå både situasjoner der barnet faktisk lever under skadelige forhold jfr. § 4-12 a-c og situasjoner der barnet kan skades i fremtiden (men har en tilfredsstillende situasjon nå) jfr. § 4-12 d og § 4-8 annet og tredje ledd. Enkelte vil kanskje hevde at situasjonen likevel ikke har forandret seg pga. barnets beste-vurderingen som vanskelig kan foretas uten en fremtidsvurdering.

Det er helt klart at domstolene kan prøve alle sider ved slike saker og at det er situasjonen på domstidspunktet som skal legges til grunn jfr. tvml. § 482. Blant annet på bakgrunn av inngrepets karakter er domstolene i saker etter tvml. Kapittel 33 om tvang ilagt en videre prøvelsesrett enn de har i andre sivile saker.

5.1.1 Inngrepskriteriene

Dersom barnet er i en slik situasjon som beskrevet i § 4-12 a-c kan altså omsorgen tas fra foreldrene gitt at tilleggsvilkårene er oppfylt. Av praksis kommer det klart frem fire typetilfeller av situasjoner der omsorgsovertakelse blir gjennomført. Disse kan oppstilles som følger:

1. Barnet har evnemessige/psykiske problemer som krever særlig omsorg²⁵.
2. Foreldrene har psykiske problemer²⁶.
3. Foreldrene misbruker rus²⁷.
4. Foreldrene har manglende personlige forutsetninger for å fungere som omsorgshavere²⁸.

Når saker om omsorgsovertakelse skal behandles må fylkesnemnda ta stilling til en rekke spørsmål. For det første må det vurderes hvorvidt det foreligger hjemmel i barnevernlovens § 4-12 for inngrepet, For det annet vil det være spørsmål om omsorgsmanglene kan lettes eller løses ved hjelp av såkalte hjelpetiltak. At hjelpetiltak skal forsøkes er et vilkår som kommer klart frem av loven jfr. bvl. § 4-12 2. ledd og det minste inngreps prinsipp. For det tredje er det nødvendig å se på om det vil være til barnets beste jfr. bvl. § 4-1.

5.1.2 Grunnvilkår

De materielle vilkårene for omsorgsovertakelse kommer frem av bvl. § 4-12.

I bokstav a er det situasjonen barnet befinner seg i på nåtid som skal vurderes. Det er et krav om at det foreligger alvorlige mangler ved den daglige omsorgen. Behovet skal

²⁵ Rt. 1982 s. 764, Rt. 1987 s. 289, Rt. 1994 s. 568, Rt. 1995 s. 447

²⁶ Rt. 1987 s. 578, Rt. 1990 s. 946, Rt. 1995 s. 350

²⁷ Rt. 1991 s. 1090

²⁸ Rt. 1991 s. 624, Rt. 1991 s. 1355

sees i forhold til barnets alder og modenhet. Det vil naturligvis være store forskjeller i barns behov avhengig av alderen/modenheten. Mangler ved intellektuell stimulans vil ikke falle inn under bokstav a. Normalt vil en situasjon som faller inn under bokstav a gjelde mangelfull omsorg fra foreldrenes side, men det kan også tenkes situasjoner der barn overhode ikke har noen som har ansvar for den daglige omsorgen. Det går frem av forarbeidene også skal de som ikke har foresatte omfattes av regelen, for eksempel mindreårige asylsøkere²⁹. Det forutsettes videre da at situasjonen ellers er som beskrevet i bokstav a.

Det er umulig å ha objektive kriterier for hvordan omsorgen skal ivaretas, barn er forskjellige og har forskjellige behov.. Det vil være det konkrete barnets omsorgsbehov som er avgjørende når det skal vurderes hvorvidt omsorgsutøvelsen blir tilfredsstillende ivaretatt.

I bokstav b er det åpnet for omsorgsovertakelse i situasjoner der foreldrene ikke kan håndtere syke barn eller barn med spesielle behov. Her er tanken rettet mot for eksempel utviklingshemmede. Bestemmelsen dekker både fysiske og psykiske utviklingshemninger.

Bokstav c omhandler situasjoner der barnet blir utsatt for vold eller alvorlige overgrep i hjemmet. Selv om det vanligvis nok dreier seg om fysiske overgrep, i form av vold, mishandling og andre overgrep, vil det også her være grunn til å påpeke at psykiske overgrep også omfattes av denne bestemmelsen. Sjikane, trakassering og andre former for psykiske overgrep vil følgelig omfattes av bokstav c³⁰.

Etter loven fra 1992 vil en fremtidsvurdering kunne ligge til grunn for en omsorgsovertakelse jfr. Bokstav d. For at omsorgsovertakelse kan skje etter bokstav d, kreves det at det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling blir alvorlig skadet på grunn av at foreldrene ikke er i stand til å ta tilstrekkelig ansvar. Det var opprinnelig foreslått at kravet skulle være at det var åpenbart at foreldrene manglet personlige forutsetninger for å ha ansvaret for barnet, men dette ble endret under

²⁹ Ofstad/Skar s. 100

³⁰ Sosialrett 6. utgave s. 291

stortingsbehandlingen³¹. Barnevernet trenger således ikke å bevise en faktisk situasjon, men kan støtte seg til antakelser om fremtiden. Det kreves imidlertid overveiende sannsynlighet for at bokstav d skal komme til anvendelse. Dette kreves strenge vilkår også for at denne bestemmelsen skal kunne hjemle en omsorgsovertakelse.

5.1.3 Tiltaket må være nødvendig

Etter § 4-12 annet ledd er det ikke tilstrekkelig at 1. ledd er oppfylt. Inngrepet må også være ”nødvendig”. Det blir sterkt understreket at det ikke kan iverksettes omsorgsovertakelse dersom mindre inngrep vil skape tilfredsstillende forhold. Dette har sammenheng med prinsippet om minste inngrep. Det er ikke et krav om at hjelpetiltak er utført før omsorgsovertakelse kan gjennomføres, det er tilstrekkelig at slike tiltak anses for å være nytteløse. Dette har blant annet kommet til uttrykk i Rt. 1986 s. 1189 og Rt. 1995 s. 350.

Av rettspraksis følger det også at kravet tolkes noe snevrere enn ordlyden skulle tilsi. Ettersom inngrep kan ha så omfattende konsekvenser, er det av stor betydning at prosessen foregår riktig. Hjelpetiltak må forsøkes eller i alle fall vurdert, og funnet nytteløse, før mer inngripende tiltak blir iverksatt. Barne og familiedepartementet har i en stortingsmelding et eget kapittel om hjelpetiltak³². Det blir i meldingen oppfordret til kreativitet og understreket at listen i bvl. § 4 ikke er ment å være uttømmende. I praksis er det nok slik at der omsorgsovertakelse vurderes er hjelpetiltak forgjeves forsøkt eller vurdert nytteløse.

Selv om det i bestemmelsens (§ 4-12) a-c i utgangspunktet kreves en situasjon i nåtid vil dette trolig ikke være tilstrekkelig. Harald Hove har utalt at det også må foretas en fremtidsvurdering³³. Lindboe sier seg enig dette³⁴. Dette har sammenheng med at barnets beste må vurderes, dersom det ikke er til barnets beste at foreldrene blir fratatt

³¹ NOU 1985:18 s. 372

³² St.meld. nr. 40 (2001-2002) s. 113

³³ Hove, Sosial trygghet og rettssikkerhet s.303

³⁴ Lindboe s. 83

omsorgsretten vil det ikke være grunnlag for å gjøre det. Følgelig er det slik at selv om det har å være overgrep i hjemmet tideligere, vil ikke dette i seg selv kunne begrunne en overtakelse av omsorgen. Dersom situasjonen har bedret seg, og det vil være til barnets beste å ikke frata omsorgen, vil ikke vilkårene være oppfylt og kan derfor ikke gjennomføres.

Et vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12 må iverksettes snarest og senest etter 6 uker fra vedtakstidspunktet jfr. § 6-9. Etter § 4-13 faller vedtaket bort dersom fristen oversittes, men mindre Fylkesmannen har forlenget fristen pga. særlige forhold.

5.1.4 Barnets beste

Kravet om at eventuelle inngrep skal være i samsvar med barnets beste kommer frem av bvl. § 4-1 og er i overensstemmelse med FNs barnekonvensjon. I § 4-1 annet punktum står det at det skal legges vekt på stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Dette er en nærmere presisering av hva som vil være best for barnet. Det er et uttalt velferdspolitisk mål å ta hensyn til barnets beste i alle sammenhenger der barn er involvert. Det er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår at inngrepene er til barnets beste, etter legalitetsprinsippet må det foreligge lovhjemmel for at det offentlige kan foreta inngrep av denne karakteren³⁵. Kravet om barnets beste gjelder generelt, og selvsagt også når omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvar eller tvangsadopsjon vurderes gjennomført. Vurderingen av hva som er til barnets beste kan ofte være svært vanskelig. Dommen i Rt. 1997 s. 534 illustrerer problematikken³⁶.

Det har vært diskutert hvorvidt det skal anses som et eget vilkår eller om barnets beste skal ligge til grunn for vurderingene hele tiden. Det er nok det siste som er mest riktig.

³⁵ Lindboe s.41

³⁶ Rt. 1997 s. 534, særlig på side 534.

For at avgjørelsene skal bli mest mulig i samsvar med kravet om barnets beste vil det være nødvendig å hele tiden ha barnets beste i tankene når et inngrep vurderes.

” Den juridiske barnets bestevurdering er ikke en fri vurdering, men en vurdering som må foretas innenfor lovens rammer, innenfor de øvrige kriteriene loven stiller opp for inngrep i familien”³⁷.

Prinsippet er fastslått i en rekke høyesterettsdommer³⁸ og er anerkjent både i Norge og internasjonalt. I barnekonvensjonens art. 3 heter det ”alle tiltak for barn skal være til barnets beste”. I tillegg til at prinsippet kommer frem av § 4-1 oppstiller også §§ 4-20 3. ledd og 4-21 krav om at den løsning som er til barnets beste må velges.

Når barnets beste skal fastsettes må skjønnsmessige vurderinger foretas og det stilles derfor store krav til den som skal vurdere den konkrete situasjon. I forbindelse med omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar (og eventuelt adopsjon) vil det kreves kompliserte avveininger av den som skal vurdere situasjonen til barnet. I og med at alle barn er forskjellige, er det umulig å fastsette objektive kriterier for hva som gagnar barnet best. Prinsippet vil også føre til at der det er interessekonflikter mellom barnets beste og foreldrene vil barnets interesser og behov gå foran³⁹. Det vil nødvendigvis måtte foretas en helt konkret vurdering basert på foreliggende opplysninger i saken. Det er også slik at forskjellige faginstanser kan ha ulik oppfatning av hva som vil være det beste for barnet, en rettsforsker og en sosiolog vil trolig se forekjellig på hva som er barnets beste. Hertil kommer at innholdet forandres over tid. Trude Haugli har uttrykt et ønske om større tverrfaglig samarbeid nå innholdet skal defineres. Psykologer, sosiologer, rettsforsker osv. bør, etter hennes mening, alle sammen kobles inn i dette.

Når det gjelder innholdet av prinsippet har det vokst frem enkelte momenter som kan være hjelpelig for vurderingen. Prinsippet om stabil og god voksenkontakt og

³⁷ nordisk workshop "Barnets beste, rettslig begrepsbygging og rettsfilosofi" i samarbeid med Jur dr. Johanna Schiratzki, Stockholm Universitet, jan 2001

program.forskningsradet.no/vfo/artikler/TrudeHaugli.doc

³⁸ se for eksempel Rt. 1990 s. 652, Rt 1990 s. 1274, Rt. 1991 s. 557 og Rt. 1995 s. 557

³⁹ NOU 2000:12 s. 71

kontinuitet i omsorgen blir viktig i avveiningen jf. § 4-1.. Det er bred enighet om at barn har stort behov for stabilitet i sin tilværelse og det er et etablert faktum at gjentatt flytting er skadelig for barn.

5.1.4.1 Barnets mening

I kartleggingen av hva som er best for barnet vil det i mange tilfeller være nødvendig å fastsette hva barnet selv mener. Dersom barnet er over 12 år skal denne meningen tillegges vekt jf. bvl. § 6-3. Retten til fritt å gi uttrykk for sine meninger kommer også til uttrykk i barnekonvensjonens art. 12. Der står det klart at barnet har rett til å si sin mening i alt som vedrører det og meningen skal tillegges vekt. Avhengig av alder og modenhet vil vekten av meningen variere. Når barnet blir 15 år har det selvstendige partsrettigheter jfr. Bvl. § 6-3 2. ledd siste punktum, følgelig vil dets mening være svært viktig.

Arbeidet med å innlemme FNs barnekonvensjon i norsk lov vil sannsynligvis føre til at grensen blir satt ned fra 12 til 7 år

Dommen inntatt i Rt. 1995 s 447 illustrerer hvor viktig barnets egen oppfatning er. I denne saken ville gutten (på 13 ½ år) selv flytte tilbake til faren. Dette ble tillagt stor vekt av flertallet i saken. Barn er ikke alltid konsekvente i sine meninger. Dersom det er tvil om hva barnet mener vil den tillegges mindre vekt. Dette var tilfellet i Rt. 1996 s. 1684. Førstvoterende fant at barna hadde vært skiftene i sine meninger og vektla uttalelsene til barna dermed liten vekt.

5.1.4.2 Skader ved miljøskifte?

I barnets beste-vurderingen vil faren ved miljøskifte være et sentralt moment.

Det hersker enighet om at desto mindre barn er, desto større behov vil de ha for en stabil og trygg hverdag. Barn som har nettverk av venner, skole, fritidsaktiviteter etc., vil ofte oppleve et miljøskifte som et tap. Det er derfor alltid slik at man skal foreta en konkret vurdering, hvordan vil dette barnet i denne situasjonen oppleve nye omgivelser. Barnets alder og modenhet vil naturligvis ha en betydning i denne sammenhengen. Det er neppe

noen tvil om at eldre barn har en større tilknytning til sitt miljø enn hva gjelder små barn. Jeg tenker da ikke på tilknytningen til den nære familie, men venner, skole og annet nettverk.

5.1.4.3 Negativ fokusering

Barnevernets fokus er ofte på negative forhold. Med dette mener jeg at barnevernet har en tendens til å lete etter negative elementer i familiesituasjonen. Når barnevernet kobles inn i en situasjon vil det være langt lettere å avdekke det som er negativt enn positive elementer. Dette er naturlig med tanke på hvordan prosessen foregår, ofte starter den med en bekymringsmelding og undersøkelsessak. Befringsutvalget kom inn på dette i sin tilstandsrapport over barnevernet⁴⁰. Det er begrensede erfaringer på mulighetsfokusering på dette område. Når barnets beste skal defineres må også de mulighetene som ligger i utvikling og forandring tas med i vurderingen.

I følge befringsutvalget er det problematisk at energien brukes på kartlegging av det mangelfulle. Særlig når det er slått fast at en positiv utvikling må bygges på det positive som finnes vil dette representere et problem. Rikke Lassen har også omtalt dette i en artikkel om barns rettssikkerhet⁴¹. Hun kaller dette ”bind på faglige teorier”. Problemet, slik hun ser det, er en overdreven pessimisme ovenfor foreldrenes omsorgssituasjon i en slik situasjon og en bagatellisering av motforestillingene ved omsorgsovertakelse. Det er ikke alltid slik at anerkjente teorier vil fungere i situasjoner fra virkeligheten. Barnevernet vil se situasjoner med grunnlag i spesifikke teorier ”Trange rom” og lite vidsyn kan føre til løsninger som ikke vil være til det beste for barnet. Dette på tross av at teorien vil støtte opp under løsningen som velges. Lassen skriver, i denne artikkelen, om generelle problemer som barnevernet står ovenfor. Betrachtingene kan også overføres til mer konkrete tilfeller. Befringsutvalget kommer med en oppfordring til å fokusere mer på det kan være positivt.

⁴⁰ NOU 2000: 12 s. 72

⁴¹ Rikke Lassen Mennesker og rettigheter, nr. 2 1998

5.1.5 Hvem rammes av vedtaket?

Mange saker om omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar med tvangsadopsjon i etterkant omfatter særlig unge, enslige kvinner. Dette temaet er tatt opp av Elisabeth Gording Stang⁴². Enslige mødre er overrepresentert som barnevernklinter. En undersøkelse foretatt av Kristoffersen og Slettebø viste at i 42 % av tilfellene der barn ble satt under tiltak i byene hadde barnet vokst opp sammen med mor alene⁴³. I en levekårsundersøkelse foretatt av Ann-Margitt Jensen i 1983⁴⁴ ble det slått fast at enslige mødre også ofte har en vanskelig økonomisk situasjon. Dette kan i sin tur føre til at det blir opprettet kontakt med et offentlig støtteapparat med den konsekvens at mødre allerede har kommet inn i systemet. Det kan nok tenkes at veien til barnevernet er noe kortere for mødre som mottar offentlig hjelp enn for andre. Som jeg kommer til senere vil også ugifte mødre i utgangspunktet ha foreldreansvaret alene og det vil følgelig være mors evner og situasjon som blir en vesentlig del av vurderingen der foreldreansvaret vurderes fratatt. Dette gjelder ikke der samboere har avtalt å ha foreldreansvaret sammen og sendt melding til folkeregistret jfr. Barnelova § 35 2.ledd.

⁴² Stang, side 13

⁴³ Kristoffersen og Slettebø 1992 s.37

⁴⁴ Jensen 1993 s. 11

5.2 Fratakelse av foreldreansvaret

Et av vilkårene for tvangsadopsjon er at foreldrene ikke lenger har foreldreansvaret for barnet. Når foreldrene ikke lenger innehar dette ansvaret vil de i realiteten ha svært liten innflytelse på barnet og dets utvikling. Da § 4-20 kom var den ment å være en kodifisering av rettspraksis. Det var altså meningen at den praksis som forelå før lovendringen også skulle legges til grunn for nye avgjørelser. Forholdet mellom 1953 loven og 1992 loven ble kommentert i Rt. 1994 s. 805 og i Rt. 1995 s. 85. Det er ingenting i forarbeidene til den ”nye” loven som tilsier at det var meningen å endre rettstilstanden som Høyesterett har utviklet gjennom sin praksis⁴⁵.

Barnevernloven § 4-20 oppstiller ikke andre vilkår for at foreldreansvaret kan fratas enn at omsorgen også er tatt fra foreldrene, men det er likevel momenter som tyder på at det ”skal noe mer til” for at dette ansvaret skal fratas foreldrene jfr. Rt. 1985 s. 344 og Rt. 1985 s. 52. I disse dommene uttalte Høyesterett at det kreves sterke grunner for at foreldreansvaret skulle fratas i adopsjonsøyemed. Man får inntrykk av at det ikke bare er vilkår om omsorgsovertakelse, men at situasjonen må verre ennå mer alvorlig dersom foreldreansvaret skal fratas. Etter at Høyesterett innførte dette vilkåret i Rt. 1985 s. 344 ble det også lagt til grunn i senere dommer. I denne sammenhengen vil vurderingen av barnets beste komme til sin fulle rett og det vil måtte vurderes hvorvidt det er nødvendig ut fra situasjonen barnet befinner seg i⁴⁶. Det er heller ikke noe som tyder på at fratakelse av foreldreansvaret bare vil være aktuelt for å bane vei for adopsjon, i gitte tilfeller kan foreldre skjøte sitt ansvar så lite tilfredsstillende at det anses for å være barnets beste at foreldreansvaret fratas foreldrene. Det bør også nevnes at barn og foreldre har rett til samvær, med mindre annet er bestemt, også etter fratakelse av foreldreansvaret jfr. Bvl. § 4.19. Dette forekommer nok i liten grad i praksis, men det er altså slik at det ikke er noe automatikk i at fratakelse av foreldreansvar medfører tap av samværsrett, dersom også samværsretten skal avskjæres må dette gjøres i et eget vedtak. Dette kommer klart frem av Beffringutvalget rapport på side 151. Dersom adopsjonen blir gjennomført vil de biologiske foreldrene ikke ha rett til samvær. Alle juridiske bånd blir som nevnt brutt ved adopsjonen.

⁴⁵ Tjomsland 2002 s. 56

⁴⁶ NOU 2000:12 s 151

Ettersom tvangsadopsjon har kommet inn i det norske rettssystemet etter begynnelsen av 1980- tallet har det vært en rekke diskusjoner om inngrepet. Fra sakkyndig hold blir det vist til forskning på forholdet mellom fosterbarn og adopsjonsbarn som er relativt klare i sine konklusjoner. Det synes som om det er bedre for et barn og vokse opp hos adoptivforeldre enn med fosterforeldre.

5.2.1 Nærmere om foreldreansvaret

Det er et vilkår for tvangsadopsjon at foreldrene ikke lenger har foreldreansvaret for sine barn. Når dette blir tatt fra foreldrene brytes alle juridiske bånd mellom barnet og foreldrene. Det kommer frem av 2001-dommen at det eneste vilkåret for å frata foreldreansvaret er at omsorgen er fratatt.⁴⁷ Når ansvaret fratas med sikte på adopsjon, må det etter loven også foreligge tilleggsvilkår jfr. § 4-20 a-c. Disse vilkårene er kumulative, det vil si at alle må være oppfylt samtidig.

Foreldreansvaret har blitt definert svært forskjellig gjennom tidene. Foreldrenes autoritet var i tidligere tider svært omfattende og det var samfunnsenighet om strenge straffer dersom barna satte seg opp mot sine foreldre. Først i 1987 ble det uttrykkelig forbudt å utsette barn for vold eller annen behandling som kunne sette barnas helse i fare⁴⁸. I dag ser man helt annerledes på denne delen av rettspleien. Foreldre kan ikke lenger med loven på sin side utsette barna for fysisk refselse jf. bl. § 5-9 3.ledd. Innholdet av foreldreansvaret kommer frem av barnelovens § 30. Foreldreansvaret er todelt ved at det både omfatter et omsorgsansvar og bestemmelsesrett/plikt. I omsorgsansvaret ligger at foreldrene plikter å gi barnet husly, skaffer mat og klær og skolegang etc. Denne delen av ansvaret omfatter altså det som har med omtanke og barnets behov å gjøre. Jeg går ikke nærmere inn på dette her. I foreldreansvaret ligger også en rett og plikt til å ta avgjørelser på barnets vegne. I dette ligger at foreldrene skal

⁴⁷ Rt. 2001 s. 14, andre avsnitt

⁴⁸ Lucy Smith Foreldre og barn s. 72

bestemme for barnet der det ikke anses å ha modenhet nok til selv å fatte gode beslutninger, herunder valg av personlige forhold for barnet. Foreldreansvaret skifter innhold etter som barnet blir eldre og modnes. Fra å være en nærmest total autoritet vil barnets gradvis økende bestemmelsesrett gjøre foreldreansvaret mindre omfattende etter som tiden går. Dette ble noe annerledes formulert av Lord Denning i en kjent engelsk dom:

”it starts with a right of control and ends with a little more than an advice.”⁴⁹

Det er i utgangspunktet barnets gifte mor og far som har foreldreansvaret sammen jf. bl. § 34. Det normale er altså at det er foreldrene som har foreldreansvaret sammen. Dersom foreldrene ikke er gifte er det mor som har ansvaret alene, med mindre de i felleskap har avtalt noe annet og gitt folkeregistret melding om at de ønsker å ha foreldreansvaret sammen jf. bl. § 35 2.ledd. Dette gjøres i stor utstrekning i dag ettersom det i dag er svært mange par som lever i samboerskap.

Jeg går ikke i detalj på innholdet i omsorgsplikten og bestemmelsesretten/plikten. Hovedpoenget i denne sammenhengen er at foreldreansvaret er noe mer enn omsorgsplikten. Dersom omsorgen for et barn fratas de biologiske foreldrene vil de fortsatt være innehavere av foreldreansvaret, men da uten ansvar for den daglige omsorgen. Dette er i samsvar med vergemålsloven § 3. Trude Haugli kritiserer denne løsningen i sin bok ”Samværsrett i barnevernsaker”⁵⁰. Hovedproblemet, slik hun ser det, er at foreldrene fortsatt da innehar kompetanse til å treffe avgjørelser som er av stor betydning for barnet. Når samfunnet først har bestemt å ta omsorgen for barnet kan det virke underlig at slike avgjørelser fortsatt kan taes av foreldrene. Stortinget har vurdert dette og konkludert med at det skal være et skille mellom omsorgsansvar og foreldreansvar. Foreldrene skal ha beslutningskompetanse så lenge foreldreansvaret er i behold. Dette ble understreket i et rundskriv om loven⁵¹. Barnevernet kan ikke overlate til fosterforeldrene å ta avgjørelser som ligger under foreldreansvaret. Man kan altså

⁴⁹ Smith, Foreldre og barn s. 81

⁵⁰ Haugli, 2000 s. 127 flg.

⁵¹ Barne og familiedepartementet: retningslinjer til lov om barneverntjenester

snakke om et begrenset foreldreansvar etter at omsorgsdelen er overtatt og delegert videre til fosterfordeldrene, et restansvar⁵². Sosialutvalget foreslo at skillet skulle oppheves og at en eventuell ansvarsovertakelse også ville bety en fratakelse av foreldreansvaret, barne og familidepartementet fulgte opp forslaget. Dette ble blant annet begrunnet med samarbeidsproblemene mellom barnets foreldre, fosterhjem og barnevernet. Det ville også, etter deres mening, løse en rekke praktiske problemer. Stortinget behandlet dette og opprettholdt systemet. Storkomiteens flertall uttalte:

”Komiteen er av den oppfatning at det er viktig at de tiltak barnevernet må igangsette for barnets del, ikke utformes på en måte som unødvendig bryter bånd mellom barn og biologiske foreldre. Komiteen vil av denne grunn ikke følge opp forslag om å betegne all overtagelse av omsorg som overtagelse av foreldreansvar. Komiteen har derfor valgt å opprettholde omsorgsovertakelse og overtagelse av foreldreansvar som to separate begrep”⁵³.

I denne forbindelse er det av interesse å se på dissenterende dommere i Rt. 2001 s. 14. Dommer Bruzelius mener:

”at reelle hensyn taler for at de som har omsorgen for et barn og som reelt sett fungerer som foreldre, også bør ivareta de funksjoner som følger av foreldreansvaret”

Etter mitt syn kan det virke som om dommeren her er uenig med lovgivers beviste syn på saken. Dommer Bruzelius mener at den som har den daglige omsorgen og fungerer som foreldre også skal ha de beføyelser som følger av foreldreansvaret. Det bør riktignok nevnes at uttalelsen kommer i en situasjon der dommeren åpenbart mener at adopsjon er til barnets beste. Jeg skal ikke gå nærmere inn i dette her, men dette kan kanskje tolkes som et signal til lovgiver. Debatten om skillet skulle oppheves var ikke enkel, og mange er fortsatt av den oppfatning at der omsorgen fratas burde heller ikke foreldreansvaret beholdes.

Fratakelse av foreldreansvaret skiller seg fra andre inngrep i barnevernet. Hovedregelen er som nevnt at tiltak i barnevern er midlertidig. Når først foreldreansvaret er fratatt er

⁵² som note 54

⁵³ Inst. O 80 (1991-1992) s.6

dette endelig. En av de avgjørelsene man råder over selv om man er fratatt omsorgen for sine barn er kompetansen til adopsjonssamtykke. Det er den som har foreldreansvaret som kan gi samtykke til adopsjon, dette kommer klart frem av adopsjonsloven. I enkelte tilfeller kan altså likevel det offentlige ta i bruk det mest inngripende tiltaket, fratakelse av foreldreansvaret, og dermed frata dem kompetansen til bla. adopsjonssamtykke.

På bakgrunn av dette må det kreves gode grunner for at fratakelse skal kunne rettferdiggjøres. Det er viktig å presisere at selv om foreldreansvaret blir fratatt foreldrene vil foreldre og barn i utgangspunktet fortsatt ha en rett til samvær jfr. Bvl. § 4-19. Dersom det av hensynet til barnet ikke bør være noe slikt samvær må det fattes eget vedtak om dette.

5.2.2 Hjemmel for fratakelse av foreldreansvaret

Dette inngrepet kan uten nærmere forklaring kalles et ytterpunkt i offentlig inngrep. Som beskrevet ovenfor vil altså en fratakelse av foreldreansvaret innebære at biologiske foreldre har svært liten innflytelse. Et spørsmål er hvorvidt foreldrene har noen innflytelse på sine barn når de er fratatt foreldreansvaret. Selv om de i teorien har et restansvar er det trolig slik at denne retten er meget begrenset. Situasjonene som fører til tap av foreldreansvar er preget av meget alvorlige omstendigheter, og jeg sitter med et inntrykk av at foreldrene har svært liten innflytelse på sine barn etter fratakelse av foreldreansvar.

I praksis gjøres dette for å bane vei for å åpne for at fylkesnemnda skal kunne gi samtykke til adopsjon mot foreldrenes vilje.

I lov om barneverntjenester § 4-20 gis fylkesnemnda kompetanse til å frata foreldreansvaret dersom visse vilkår er oppfylt. Er formålet å bortadoptere barnet kreves meget tungtveiende hensyn. Dette er lagt til grunn i flere avgjørelser av Høyesterett, jf. bla. Rt. 1985 s. 344 og 1987 s. 52.

Det kom frem av Rt. 1982 s. 1687, særlig sidene 1690-1694, at det ikke gjelder andre skranker for vedtak om fratakelse av foreldreansvar enn at omsorgen var tatt fra foreldrene. Da denne dommen ble avsagt var det den gamle loven som gjaldt, men § 20, som her var aktuell, hadde omtrent samme ordlyd som dagens § 4-20.

Heller ikke i vergeloven, som ble erstattet av 1953 loven, var det flere skranker enn at omsorgen var overtatt, foreldremyndigheten fratas uten ytterligere vilkår. Jeg mener likevel at siden lovgiver har tatt stilling til at det skal være et skille mellom omsorgsansvar/foreldreansvar kan dette tyde på at skal noe mer til for å frata foreldrene foreldreansvaret.

5.2.3 Samtykke til adopsjon

Adopsjonsloven krever, som nevnt, at det er foreldre med foreldreansvar som skal samtykke i at det gjennomføres en adopsjon jfr. adopsjonsloven § 7. Når foreldreansvaret er tatt fra foreldrene ligger denne kompetansen hos fylkesnemnda.

I Rt. 2001 s. 14 blir det fremhevet at det kreves sterke grunner for tvangsadopsjon. Hjemmelen er bvl. § 4-20 3.ledd:

”samtykke kan gis dersom

a)det må regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg eller barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der de er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet og

b)adopsjon vil være til barnets beste og

c)adoptivsøkerne har vært fosterforeldre for barnet og har vist seg skikket til å oppdra det som sitt eget.”

Etter bokstav a er et vilkår at det er sannsynlig at foreldrene ikke kommer til å få omsorgen tilbake. Det kommer frem to alternativer fra bokstav a. Barn som har bodd

lenge hos fosterforeldre⁵⁴ og fått en nær tilknytning til disse vil også kunne tvangsadopter, vilkåret da er at det vil medføre alvorlige problemer for barnet å bli tilbakeført, Det er altså ikke tilstrekkelig at det vil medføre ubehag ved en eventuell tilbakeføring, problemene må ha en alvorlig karakter.

I bokstav b oppstilles det krav om at vedtaket vil være til barnets beste. I tillegg til den vanlige barnets beste vurderingen som gjøres vil et viktig moment i denne sammenhengen være å kartlegge hvor viktig det er for barnet å opprettholde kontakten med biologiske foreldre. Dette må vurderes konkret. Barnets behov for stabilitet vil tale for adopsjon, mens behovet for opprettholdelse av kontakten med biologiske foreldre vil tale mot. Barns behov for kontakt med biologiske foreldre vil være svært forskjellig. Som jeg kommer til senere har Høyesterett flere ganger kommet med mer eller mindre skjulte oppfordringen til lovgiver om å åpne for såkalte åpne adopsjoner.

Et annet moment som går igjen i Høyesteretts praksis er at det skal være like forhold mellom søskenene i en familie. Det blir antatt at det er uheldig dersom søskenene ikke får lik status i familien, en adopsjon medfører jo at de juridiske bånd mellom adoptivforeldre og adoptivbarn bli de samme som om det var deres egenfødte barn. Dette kom også klart frem i Rt. 1982 s.1687⁵⁵ (på side 1694).

Det skal foretas en helhetsvurdering i hvert konkret tilfelle jfr. Rt.1991 s. 557. Det faktum at det generelt vil være bedre for et barn å bli adoptert enn å vokse opp hos fosterforeldre, kan ikke uten videre føre til at det i en konkret sak besluttet adopsjon mot foreldrenes vilje. Det generelle må suppleres med det spesielle og konkrete. Generelle erfaringssetninger ble vurdert forskjellig i den nyeste dommen som er inntatt i Rt. 2001 s. 14. Flertallet la i denne saken mindre vekt på generelle utgangspunkter under henvisning til at avgjørelsen må bygges på en konkret vurdering.

En rekke Høyesterettsdommer har understreket at det kreves sterke grunner for at foreldrene kan fratas sitt ansvar med sikt på adopsjon jfr. for eksempel Rt. 2001 s 14, Rt

⁵⁴ Høyesterett har lagt til grunn at plasseringen vil være varig i alle sakene der samtykke til adopsjon har blitt godtatt se feks. Rt. 1982 s. 1687 (s.1694), Rt. 1987 s. 52 (s..62) og Rt. 1990 s. 946 (s 954)

⁵⁵ dette momentet er også nevnt i Rt. 1990 s. 946, Rt. 1991 s.557 og Rt. 1994 s.1545

1990 s. 1274 og Rt. 1997 s. 534, dette begrunnes med at inngrepet har en særlig inngripende natur.

Etter bokstav c i bestemmelsen kreves det også at de aktuelle fosterforeldrene har vist seg skikket til å oppdra barnet som sitt eget. Når saken gjelder samtykket til adopsjon kreves det at fosterforeldrene har søkt om adopsjon⁵⁶.

For å oppsummere kravene til tvangsadopsjon har Stang sammenfattet vilkårene på følgende måte⁵⁷:

1. Omsorgsovertakelse må ha skjedd.
2. Vilårene for å nekte tilbakeføring må foreligge.
3. Adopsjon må med relativt stor sikkerhet sies å være til barnets beste.
4. Det må foreligge sterke grunner.
5. Alternative løsninger er grundig vurdert

Selve adopsjonen vil reguleres av adopsjonsloven av 1986. Her holdes barnevernet utenfor, men samtykke til adopsjon kan bare gis av den som har foreldreansvaret. I tilfeller som beskrevet her vil det være fylkesnemnda som har dette ansvaret etter at det er fratatt foreldrene.

5.3 Inngrepet må samsvare med EMK, særlig om art. 8

EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettlova av 21. mai 1999 nr. 30 jfr. § 2. I vår sammenheng vil det være artikkel 8 som er av størst betydning. Jeg vil se litt nærmere på innholdet av denne artikkelen, som lyder:

⁵⁶ Tjomsland Barnevern og omsorgsovertakelse 2002 s. 64

⁵⁷ Stang s. 91

Art 8. Right to respect for private and family life

(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

(2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Fratakelse av omsorgen og foreldreansvaret vil helt klart representere et inngrep i retten til privatlivet og familielivet. Det vil således være en krenkelse av menneskerettighetene dersom inngrepet ikke kan begrunnes ut fra annet ledd i bestemmelsen. For at inngrepet skal samsvare med unntaksbestemmelsen i 2. ledd må det for det første være i samsvar med loven jf. ”in accordance with the law”. Det er altså et legalitetsprinsipp og lovkravet er et absolutt vilkår⁵⁸. Kravet til lovhjemmel er strengt, hjemmelen må være klar og presis. Dette betyr ikke at det overhodet ikke er rom for skjønsmessige ord i lovteksten, men borgerne skal gis forutberegnlighet og en klar ordlyd vil styrke forutberegnligheten⁵⁹. For en nærmere drøftelse av dette vilkåret viser jeg til Rieme-saken⁶⁰ Kravet til lovhjemmel har også vært diskutert i bla. Adele Johansen- saken og EMD kom til at kravet til lovhjemmel var oppfylt i vår nasjonale lovgivning. Jeg behandler Johansen- saken i kap. 8.2.1.

Det andre vilkåret som kommer frem av EMK art. 8 2. ledd er at inngrepet må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Dersom inngrepet ikke blir ansett for å være nødvendig vil det altså foreligge brudd på konvensjonsbestemmelsen. I kravet om nødvendighet vil det ligge en vurdering av hvorvidt andre og mildere inngrep kunne vært benyttet og løst problemet. EID har i flere saker påpekt at statene er bevilget en vid skjønnskompetanse, men har samtidig påberopt seg retten til å overprøve om statene har overskredet sin kompetanse. Dette var for eksempel tilfelle i Adeler Johansen saken som blir nærmere belyst nedenfor. I Andersson- saken ble det fastslått at det foreligger strengere krav til nødvendigheten dersom det er tale om vidtgående restriksjoner. Dette må, etter min mening, også være tilfelle ved saker om omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar i adopsjonsøyemed.

⁵⁸ Haugli, 2000 s. 231

⁵⁹ Haugli, 2000 s. 233

⁶⁰ Rieme mot Sverige, 22 04 1992, series A nr. 226B pkt. 62 og 63

Det kan synes som om foreldrene er til dels meget godt vernet og at foreldreretten står sterkt etter EMK. Dette stemmer nok også med praksis. Det skal svært mye til før foreldre kan fratas omsorgen og foreldreansvaret. Dette kan komme i konflikt med barnets beste. Selv om foreldrenes rettigheter naturligvis skal beskyttes vil, vil det i saker som dreier seg om tvangsadopsjon være langt viktigere at barnets interesser ivaretas og at den beste løsning, sett med barnets øyne, velges. Der det er interessekonflikt mellom barnets og foreldrene vil barnets beste gå foran.

6 Kort om beviskrav

Det stilles strenge vilkår for at fylkesnemnda kan gi samtykke til adopsjon mot foreldrenes vilje. Et naturlig spørsmål i denne sammenhengen er hvilke krav som stilles til bevisene i slike saker. Dette spørsmålet ble belyst i Stortingets justiskomités uttalelser til adopsjonsloven av 28. februar 1986 nr. 8⁶¹.

Etter lovteksten er det en sannsynlighetsvurdering som må gjøres. I Rt. 1990 s. 1274 blir dette tatt opp. Førstvoterende sa bla. følgende:

”Hensett til inngrepets karakter er det etter min oppfatning grunn til å oppstille det strengere beviskrav justiskomiteen går inn for. Et uriktig vedtak som avskjærer enhver forbindelse mellom barnet og de biologiske foreldre er vesentlig mer alvorlig enn en uriktig avgjørelse som opprettholder forbindelsen”.

Det er drøftet i juridisk teori hvor høyt beviskravet skal ligge. Lindboe tar utgangspunkt i at det kreves overveiende sannsynlighet ved adopsjon og omsorgsovertakelse av

⁶¹ Innst. O. nr. 19 (1985-86) s. 4.

nyfødte⁶² ⁶³. Dette er også lagt til grunn i Rt. 1987 s.52 på side 67. Det samme kravet ble stilt i Rt. 1991 s. 557, men det ble brukt andre ord, ”med relativt stor sikkerhet”. Det er vanskelig å definere nøyaktig hvor høy grad av sannsynlighet som kreves, Lindboe har kommet med et forslag til hva som bør kreves, han mener den bør være ”klart sannsynlig”⁶⁴. Dette uttrykket ligger et sted mellom sannsynlig og overveiende sannsynlig. Det strenge kravet har sammenheng med inngrepets karakter, det vil for eksempel stilles helt andre krav til sannsynligheten ved en eventuell undersøkelsessak jfr. kjennelsen 4. mars 2003. Her blir det understreket at terskelen for å igangsette undersøkelsessak skal være lav.

7 Situasjonen på domstidspunktet

Når omsorgen eller foreldreansvaret vurderes fratatt vil saksbehandlingsreglene være noe annerledes enn det som er normalordningen for vedtak i forvaltningen.

7.1 Barnets beste på domstidspunktet

Etter norsk rett er det barnets situasjon på domstidspunktet som skal ligge til grunn for avgjørelsen. Dette utgangspunktet ble lagt til grunn allerede i den første saken om tvangsadopsjon⁶⁵ og kan føre til at vedtak som ble fattet på feil grunnlag på vedtakstidspunktet opprettholdes av domstolene dersom situasjonen på domstidspunktet tilsier at dette er nødvendig. Dette medfører at det er svært viktig at avgjørelser som tas av barnevernet og fylkesnemnda er riktige. Det oppleves nok som en liten trøst at

⁶² Språklig sett innebærer begrepet ”overveiende sannsynlig” ikke noe mer enn sannsynlighetsovervekt (mer enn 50 %). I juridisk teori benyttes begrepet ofte i samsvar med den språklige betydningen. I barnevernrett har begrepet et annet innhold. Lindboe vil ikke benytte begrepet med mindre det er snakk om en langt høyere sannsynlighet.

⁶³ Lindboe s. 54

⁶⁴ Lindboe s. 56

⁶⁵ Rt. 1982 s. 754 på side 766 følgende

domstolene kommer til at vedtaket nok var feil i sin tid, men at situasjonen nå tilsier opprettholdelse. Barnet har for eksempel vært i fosterhjem og tilpasset seg godt der, fått et nettverk og miljø som det vil være skadelig for barnet og gå bort fra. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg alternative løsninger på dette. Det viktigste vil selvfølgelig være at den beste løsningen for barnet i velges. Dette systemet kan også medføre andre problemer, for eksempel drenering av saken for å unngå at vedtaket blir iverksatt.

Det er slått fast i Rt. 1996 s. 1203 og Rt. 1982 s.764 (side 766 flg.) at det er situasjonen på overprøvelsestidspunktet som skal være avgjørende for utfallet. I praksis vil dette bety at feilen ikke vil ha noen betydning i realiteten bortsett fra en eventuell erstatningsmessig betydning. Dersom barnets beste tilsier at tilbakeføring vil være skadelig vil domstolene, på tross av konstatert feil på et tidligere tidspunkt, måtte opprettholde omsorgsovertakelse.

En dom fra 1994⁶⁶ viser et annet moment i denne sammenhengen. Her drøftet Høyesterett hvorvidt begrunnelsen for opprettholdelse av vedtak kan være en annen en begrunnelsen for vedtaket. Moren gikk i dekning med barnet for å unngå at omsorgsovertakelse ble iverksatt. På domstidspunktet, ca. 4 år etter vedtakstidspunktet, var morens situasjon en annen. Høyesterett kom her til at de ikke er bundet av den opprinnelige begrunnelsen for omsorgsovertakelsen. I denne saken ble det konstatert at begrunnelsen kunne være en annen for domstolene enn i fylkesnemnda, i dette tilfellet forelå det ikke tilstrekkelige bevis for at barnet ville utvikle slike skader som ble anført fra kommunen (fare for utvikling av psykiske skader av alvorlig karakter) og opprettholdt derfor ikke vedtaket.

7.2 Saksbehandlingsfeil

Ettersom det er forholdene på domstidspunktet vil saksbehandlingen forut for et vedtak være av begrenset interesse⁶⁷. I Rt. 1992 s. 306 ble dette temaet tatt opp. Det ble det

⁶⁶ Rt. 1994 s. 1105

⁶⁷ se for eksempel Rt. 1992 s.306

først konstatert at dagens forhold skal legges til grunn for avgjørelsen. Fra den ene siden ble det hevdet at mangelfulle utredninger i forkant av vedtak om fratakelse av foreldreansvaret hadde satt sitt preg på den videre prosessen. I denne saken var det i utgangspunktet far som tok kontakt med sosialkontoret for å få midlertidig hjelp med omsorgen. Han ville ha hjelp etter en hjerteoperasjon som hadde ført til en svak helse. Når først omsorgen var blitt overtatt ble den ikke tilbakeført. Når så foreldreansvaret ble fratatt dem ble alle juridiske bånd kuttet og det er lett å se den skjevhet som ble anført for høyesterett.

I overprøvelsesprosessen vil det ikke bare være av begrenset interesse og se på saksbehandlingen forut for vedtaket, det vil i mange henseende være totalt uten relevans. For foreldrene vil det nok i høyeste grad være av interesse. De vil i en slik situasjon se at vedtaket som ble fattet på galt grunnlag likevel opprettholdes. Etter min mening kan dette vanskelig gjøres på andre måter, ettersom det er barnets beste som skal ligge til grunn for avgjørelsen.

8 Rettspraksis

8.1 Nasjonal praksis

Etter § 482 i tvistemålsloven er det klart at retten kan prøve alle sider ved saker om tvang. Dette omhandles i kapittel 22 i tvml. og representerer et unntak fra hovedregelen i sivile saker om at kun lovmessigheten kan prøves. I denne delen vil jeg gå inn på noen av sakene som Høyesterett har avsagt om temaet, og se på hvordan de argumenterer. Dette vil gi et klarere syn på hva som er gjeldene rett og vil synliggjøre vilkårene for tvangsadopsjon.

8.1.1 Rt. 1982 s. 1687

Denne dommen har blitt en slags prinsippdom for dette temaet. Det er første gang Høyesterett behandlet tvangsadopsjon og uførlig diskuterte hjemmelsspørsmålet. Byretten hadde gitt uttrykk for at det ikke var hjemmel i loven av 1953 for tvangsadopsjon og siden dette var første gang Høyesterett tok stilling til temaet var det nødvendig å drøfte hvorvidt det i det hele tatt var adgang til å frata foreldreansvaret (Foreldremyndigheten). I forarbeidene til 1953 loven ble dette drøftet⁶⁸.

"I alminnelighet vil det være tilstrekkelig at barnevernsnemnda overtar omsorgen for barnet uten formelt å frata foreldrene foreldremyndigheten. Dersom foreldrene bøyer seg for nemndas åtgjerder, vil et slikt skritt oftest ikke være påkrevd. I mange tilfelle er det også ønskelig å bevare kontakten mellom barnet og foreldrene i den tid det er satt bort, og det er i så fall barnevernsnemnda som bestemmer hvordan dette skal ordnes.

Forholdene kan imidlertid være slik at barnevernsnemnda finner grunn til å frata foreldrene enhver befatning og myndighet over barnet. Dette vil gjelde når enhver kontakt med foreldrene vil være skadelig for barnet, eller det kan være at foreldrene uberettiget vil gripe inn i fosterheimens forhold, eller at de i det hele tatt ikke vil bøye seg for den avgjørelse som er truffet. I slike tilfelle har verjerådet nå adgang til å beslutte at foreldremyndigheten skal fratas foreldrene, og samme rett vil også barnevernsnemnda få etter § 5 b, jfr. § 20. Av de 409 barn som verjerådene i 1950 satte bort, ble i 49 tilfelle foreldremyndigheten fratatt barnets foreldre."

Etter ordlyden i § 20 i 1953 loven er det ingen andre skranker for å frata foreldreansvaret enn at omsorgen er overtatt. I den aktuelle saken ble det drøftet hvorvidt det finnes en hjemmel for å frata foreldreansvaret med tanke på adopsjon. Førstvoterende kom også inn på det biologiske prinsipp i sitt votum og konstaterte at dette skal tillegges vekt, men at det i den konkrete helhetsvurdering som alltid må foretas, vil være utslagsgivende hva som er best for barnet. Det ble drøftet hvorvidt det er hjemmel for fratakelse av foreldreansvar i adopsjonsøyemed og vist til teori som støtter opp under at det er en slik adgang, blant annet Lucy Smith "Foreldremyndighet og barnerett", Vera Holmøy "Lov og Rett 1981 nr. 8 s. 489 og Gerd Benneche Lov og

⁶⁸ inst. O X V11 for 1953

rett 1975 nr. 8 s 355-356. Det ble konkludert med at slik hjemmel finnes og retten gikk over til å se på denne konkrete situasjonen.

Sakens faktum:

Den biologiske mor ble fratatt omsorgen for barnet allerede på fødeklubben med mors samtykke. Mor hadde vært innlagt på psykiatrisk sykehus, også dette frivillig, og hadde erkjent at barnet ville ha det best hos fosterforeldre. Hun opprettholdt hele tiden kontakten med barnet og så for seg at barnet kom til å være hos fosterforeldrene til voksen alder. Det var fratakelsen av foreldreansvaret og adopsjonsspørsmålet som ble sakens kjerne. Spørsmålet om tvangsadopsjon ble utløst da fosterforeldrene ville sikre at fosterbarnet skulle gis odelsrett, for at barnet skulle gis en slik rett var det nødvendig at det ble adoptert jfr. odelsloven § 12 2.ledd.

Da denne saken kom opp var det loven fra 1953 som var gjeldende.

Høyesterett konstaterte at det ikke var noe automatikk i at foreldreansvaret ble fratatt ved omsorgsovertakelse og det var også enighet om at moren i dette tilfelle ikke hadde ivaretatt restansvaret på noen klanderverdig måte.

Et spesielt moment i denne dommen er at det ikke ble stilt krav om at det måtte foreligge sterke grunner for å gjennomføre en tvangsadopsjon, dette kommer først i de senere dommer. Det ble stilt opp som krav at vilkårene for omsorgsovertakelse fortsatt var til stede og at hensynet til barnets beste tilsa en adopsjon. Det var ingenting som tydet på at retten så på fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon som ytterligere inngripende tiltak.

Barnet hadde vært i fosterhjemmet i 7 ½ år da saken kom opp, det var altså her den følelsesmessige tilknytningen lå. Adopsjon ville, etter rettens mening, være med på å sikre stabilitet og kontinuitet. Odelsspørsmålet og forholdet til fostersøsteren forsterket inntrykket av at adopsjon var til det beste for barnet, og de sakkyndiges enstemmige rapporter forsterket det ytterligere. I dommen ble det stadfestet at mors negative følelse for en adopsjon ikke kan veie tyngre enn det overordnede mål i loven, barnets beste.

En enstemmig rett kom til at adopsjon var til det beste for barnet og opprettholdt vedtaket om å frata foreldreansvaret.

Denne dommen ble ansett for å være utgangspunktet for tvangsadopsjon. De neste dommene om dette temaet tok utgangspunkt i denne og styrte til en viss grad utenom hjemmelsspørsmålet da dette ble anset for å være vurdert i denne saken.

8.1.2 Rt. 1985 side 344

Saken gjaldt både omsorgsovertakelsen og fratakelse av foreldreansvar. Jeg vil fokusere på delen av dommen som gjaldt fratakelse av foreldreansvaret. Dette vedtaket ble fattet under dissens. Moren anket og herredsretten stadfestet, under dissens, vedtaket. Dissensen gikk på at det ikke ble ansett for nødvendig med så drastiske skritt under henvisning til minste inngreps prinsipp.

Vedtaket ble stadfestet av Høyesterett.

Situasjonen for barnet var spesiell på flere måter. Barnet hadde i løpet av sitt kort liv flyttet 11 ganger og hadde hatt 5 farsfigurer. Fosterhjemmet var med på å stabilisere dette da det sørget for en trygg og kontinuitet som barnet ikke hadde hatt før. De sakkyndige mente at fosterforeldrene representerte den største garantien for en trygg oppvekststilværelse for barnet. Når det gjaldt fratakelsen av foreldreansvaret i adopsjonsøyemed ble det gitt uttrykk for større tvil i Høyesterett. Det fremheves at dette er et meget sterkt inngrep og det krever meget sterke grunner for at det kan godtas. De sakkyndiges uttalelser var klare og anbefalte at foreldreansvaret ble fratatt med sikte på adopsjon. Retten mente at det hensynet som talte for fratakelse av foreldreansvaret var så tungtveiende at slik avgjørelse burde treffes og stadfestet herredsrettens dom enstemmig. Det var i denne saken at tvangsadopsjon ble vurdert som et eget inngrep som krevde strengere vilkår enn ved normal omsorgsovertakelse. Førstvoterende la vesentlig vekt på at gutten hadde hatt en helt spesiell barndom som var preget av mye flytting og skifte av omsorgspersoner. De sakkyndiges uttalelser ble avgjørende i denne

saken. De anbefalte at foreldreansvaret ble fratatt moren slik at en adopsjon kunne gjennomføres.

Kravet om sterke grunner ble lagt til grunn i de neste sakene som Hr. behandlet.

8.1.3 Rt. 1990 s. 1274

Saken gjaldt omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvaret for en gutt på 2 ½ år. Det var 5 barn i familien og omsorgen var overtatt for alle, men det hadde ikke vært aktuelt å frata foreldreansvaret for andre enn gutten. Er formålet å bortadoptere barnet, må det kreves meget tungtveiende hensyn. Dette er lagt til grunn i flere avgjørelser av Høyesterett, jf. Rt. 1985 s. 344 og Rt. 1987 s. 52. Dommen reiser et av de viktigste problemene med å frata foreldreansvaret. Når dette ansvaret fortsatt besittes av foreldrene har de en vid adgang til å reise ny sak om omsorgsovertakelsen. Kravet er at det har gått minst et år siden siste rettskraftige avgjørelse jfr. daværende barnevernslov § 54. Der foreldreansvaret overtas, har ikke foreldrene denne muligheten lenger.

I flere av sakene som høyesterett har behandlet har foreldreansvaret blitt fratatt med sikte på adopsjon og foreldrene vil da ikke være parter i saker om omsorgsovertakelse dersom de ikke har foreldreansvaret. Etter kjennelsen i Rt. 1999 s. 173 har foreldrene partsrettigheter i sak om samtykket til adopsjon mot deres vilje. Før denne kjennelsen var foreldrene i en slik situasjon ikke parter.

”Ved adopsjon rykkes forholdet ut av barnevernslovens herredømme og derved ut av det formelle og materielle revisjonssystem tvangsinngrep etter loven forutsetter⁶⁹”.

Når biologiske foreldre ikke lenger har foreldreansvaret for barnet vil de ikke være parter i saken om omsorgsovertakelse av deres barn⁷⁰. At inngrepet har slike dyptgående konsekvenser må medføre at det skal særlige omstendigheter til for å overta

⁶⁹ Rt. 1990 s.1272

⁷⁰ Etter min mening kan ikke dette anses som særlig praktisk. Et av vilkårene for å frata foreldreansvaret er jo at omsorgen er fratatt foreldrene. På dette tidspunktet har de vanligvis foreldreansvaret.

foreldreansvaret. I denne dommen kommer dette eksplisitt frem. Høyesterett viser til sosialdepartementets vurderinger⁷¹. Det går frem av denne proposisjonen at adopsjon mot foreldrenes samtykke bare bør utføres i ekstraordinære tilfeller. Det fremgår av sosiallovutvalgets innstilling⁷² at departementet ikke vil godta overtakelse av foreldreansvar i adopsjonsøyemed selv om omsorgen ikke kan tilbakeføres til foreldrene, så lenge dette ikke skyldes foreldrenes manglende omsorgsevne. Spørsmålet blir også behandlet i uttalelser til adopsjonslovens § 28 fra Stortingets justiskomite⁷³.

I denne dommen ble det stilt krav om det måtte være åpenbart at foreldrene varig måtte være ute av stand til å dra omsorg for barnet. Dette samsvarer med tidligere praksis. I tillegg stilles det krav om sterke grunner for å godta en fratakelse av foreldreansvaret. Disse kravene er strengere enn ordlyden skulle tilsi. Dommen er kritisert bla. av Lucy Smith. Hun bygger kritikken på at avgjørelser kan komme i strid med barnets beste og uttaler:

”Dersom man krever meget stor grad av sikkerhet for at foreldrene ikke kan gi barnet forsvarlig omsorg før man vil tillate fratakelse av foreldreansvaret med sikte på adopsjon, kan dette innebære en prioritering av foreldrenes interesse på bekostning av barnets⁷⁴ ”

Et av hensynene som begrunnet dommen var muligheten for fremtidig samvær med barnet. Dette har vært et problem for Høyesterett i flere saker, retten kom med en oppfordring til lovgiver og å åpne for samvær etter adopsjon. Dersom en slik løsning kunne velges ville barnets beste etter min mening bli bedre ivaretatt. Slik situasjonen er i dag vil retten måtte velge mellom fremtidig samvær med biologiske foreldre og adopsjon. Jeg kommer nærmere inn på dette i kap. 8.

Foreldrene fikk medhold i denne saken.

⁷¹ Ot. Prp. Nr. 60 (1988-89)

⁷² NOU 1985:18

⁷³ Inst.O.nr.19 (1985-86)

⁷⁴ Smith 1991 s.194

8.1.4 Rt. 1991 s. 557

Etter noen saker om temaet der først adgangen til tvangsadopsjon ble kartlagt, vilkårene tydeliggjort og adgangen strammet noe inn, kom det i 1991 en dom som har blitt kalt avklaringsdommen⁷⁵. Også i denne saken ble foreldreansvaret fratatt biologiske foreldre for å bane veien for adopsjon. Anken til Høyesterett gjaldt bare fratakelsen av foreldreansvaret, anken over omsorgsovertakelsen ble trukket fra saksøker.

Førstvoterende viste til Rt. 1982 s. 1687, se 6.1.1, der det ble slått at det forelå hjemmel for, gitt at vilkårene ellers er oppfylt, å frata foreldreansvaret i adopsjonsøyemed. Han understrekte at inngrepet kun kan gjennomføres dersom dette er til det beste for barnet. Hovedgrunnen til dette er inngrepets definitive karakter. Det anses å ha en egeninteresse å vokse opp med sine biologiske foreldre, og barnevernloven bygger på dette prinsippet. Det kreves stor grad av sikkerhet for at dette prinsippet skal settes til side i en konkret sak, men det er gjort i blant annet Rt. 1982 s. 1687 og Rt. 1987 s. 52.

I denne saken talte både uttalelser fra sakkyndige, men også saksøkers livssituasjon på at situasjonen ville være av varig karakter. Hun uttalte selv at hun ikke trodde at hun ville være i stand til å ha omsorgen for barnet og anket ikke over vedtaket om omsorgsovertakelse. Det ble understreket i dommen at slike prognoser kan være med i vurderingen av om foreldreansvaret bør fratas.

Barnet hadde bodd hos sine fosterforeldre siden hun var spedbarn og var på domstidspunktet 5 år gammel. Det ble vist til at den tryggheten og stabiliteten som dette medførte var av avgjørende betydning. Dette sammenholdt med klare uttalelser fra sakkyndige var med i vurderingen. Hr. mente at det først og fremst var et ønske om samvær som motiverte moren. Førstvoterende ga klart uttrykk for et ønske om fortsatt samvær også etter adopsjonen, dette var for øvrig også i samsvar med sakkyndiges uttalelser.

Grunnen til at dommen har fått tilnavnet avklaringsdommen er at det i denne saken ble understreket bla. at det er hensynet til barnets beste som skal veie tyngst, at det må

⁷⁵ Stang s. 61

foreligge sterke grunner, at konsekvensene for alternative ordninger er skikkelig utredet og betydningen av forholdsmessighetsprinsippet. Det ble altså klarere hva som skulle til for at det offentlige kan gjennomføre en tvangsadopsjon.

8.1.5 Rt. 1992 s 306

Også denne saken gjaldt overprøving av vedtak om fratakelse av foreldreansvaret med sikte på tvangsadopsjon.

Det er flere elementer som gjør denne saken interessant. Prosessen startet da far tok kontakt med sosialkontoret sommeren 1988 for å få hjelp. Mor var da lagt inn på sykehus for en operasjon med påfølgende rekreasjonsopphold. Det var altså far som tok initiativet til at omsorgen skulle overtas for en periode ettersom han innså at barnet ikke ville få nok omsorg fra foreldrene i denne perioden. Det ble fattet vedtak om overtakelse av omsorgen, men da mor kom hjem fra sykehuset krevde hun omsorgen tilbakeført til henne, dette ble nektet. Etter hvert ble det også fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvaret.

Gutten hadde vært i fosterhjemmet i 3 år da saken kom opp for Høyesterett, og han hadde utviklet nær kontakt med fosterforeldrene. Førstvoterende listet opp en rekke momenter som talte for at fratakelsen av foreldreansvaret var riktig samtidig som han understreket at det er forholdene på domstidspunktet som er av betydning og at eventuelle saksbehandlingsfeil ikke er særlige vektige i vurderingen av hvorvidt vedtaket skal opprettholdes eller ikke (se kapittel 7 nærmere redegjørelse). Det var enighet om at omsorgsovertakelsen var av varig karakter og at de biologiske foreldrene hadde akseptert dette.

Retten sto ovenfor et valg mellom adopsjon og varig fosterhjem.

Fosterforeldrene ønsket sterkt å adoptere gutten og har lenge vist seg skikket til dette. Gutten hadde særlig behov for trygghet etter kontaktskaden han fikk som liten. Dersom adopsjon ble gjennomført ville det være langt lettere å fortelle gutten uten reservasjoner

at han skulle være der han var nå for alltid. Alle de sakkyndige var enige om at adopsjon var det beste for barnet.

Det ble altså ansett for å være til barnets beste å bli adoptert, staten ble frifunnet og vedtaket opprettholdt.

8.1.6 Rt. 2001 s.14

Fylkesnemnda vedtok 6. februar i 2001 at foreldreansvaret skulle fratas moren og samtykket videre til adopsjon.

Denne saken skiller seg ut fra de andre dommene på flere måter. Det mest iøynefallende er at den private part her når frem med sine anførsler. Dommen er avsagt under dissens (3-2), og vedtaket om fratakelse av foreldreansvaret ble ikke opprettholdt av Høyesterett. Det tilhører som nevnt sjeldenhetene at staten ikke blir hørt av Høyesterett i slike saker.

Et av temaene i dommen var problemet med adopsjon og samvær. Dersom foreldreansvaret blir fratatt og en adopsjon gjennomført vil ikke foreldrene ha krav på samvær med sine barn lenger. Normalt vil det etter § 4-19 foreligge et slikt rettskrav selv om omsorgsretten fratas de biologiske foreldre (dersom det ikke er fattet vedtak om at det heller ikke skal være noe samvær).

I denne saken var det sakkyndig enighet om at moren utførte omsorgsansvaret på en tilfredsstillende måte for sin yngste datter som hun fortsatt hadde omsorgsansvar for. Det ble imidlertid kommentert at mor nå bodde på et hjem der forholdene var lagt godt til rette for at omsorgen kunne ivaretas og de sakkyndige satte spørsmålstegn ved om hun kunne utføre omsorgen tilfredsstillende dersom hun hadde bodd utenfor hjemmet. Dette ble mer vektlagt av de dissenterende dommerne i saken, som konkluderte med at det måtte anses som urealistisk i overskuelig fremtid at mor vill ha tilstrekkelig omsorgsevne. Dette var for så vidt også førstvoterende enig i, men flertallet la altså mindre vekt på dette når fratakelse av foreldreansvaret skulle avgjøres.

Førstvoterende i saken understreket også i denne dommen at fratakelse av foreldreansvar i adopsjonsøyemed er et meget strengt irreversibelt inngrep som krever sterke grunner før det kan gjennomføres. Det blir også vist til den nevnte Johansen v. Norge, se 7.2.2 for en nærmere redegjørelse. Det interessante for denne saken var premiss 78 i Johansen-saken. Det kommer frem i premisset at slike vedtak bare bør fattes i ekstraordinære tilfeller da formålet ikke lenger er å gjenforene foreldre og barn, men tvert om, å varig hindre forbindelse mellom biologiske foreldre og barn⁷⁶. 1. voterende uttalte at dette ikke bare gjelder der foreldrene fratas foreldreansvaret mens barnet ennå er spedbarn, også der barna er eldre vil situasjonen være slik at det kreves sterke grunner.

Forskning viser at det generelt vil være bedre for barn å vokse opp i adoptivhjem enn i fosterhjem. Dette er et generelt utgangspunkt og vil ikke ifølge denne dommen kunne rettferdiggjøre en fratakelse i et konkret tilfelle. Det er en konkret helhetsvurdering som skal gjøres, barn er forskjellige og har følgelig naturligvis forskjellige behov. Dette er en klar henvisning til vurderingen av barnets beste.

Dissenterende dommer Bruzelius var enig med førstvoterende i at det måtte kreves strenge vilkår for at tvangsadopsjon kunne godtas, men var av den oppfatning at slike forelå i denne saken. Hun mente at Adele-Johansen saken ikke kunne sammenliknes med denne saken da fratakelsen i Johansen- saken skjedde bare noen dager etter fødselen. Her var det gått lang tid før fratakelse av foreldreansvaret ble vedtatt. Som nevnt var dommer Oftedal Broch av den oppfatning at dette gjaldt prinsipielt og kunne ikke se at det skulle begrense seg til spedbarn. Dommer Bruzelius la noe mer vekt på generelle betraktninger om at adopsjonsforhold var å foretrekke enn førstvoterende, og kom til at det var til barnets beste å bli adoptert.

Det kan nevnes at begge de to dissenterende dommerne i saken er kvinner. Dommer Lund har praktisert som advokat og representert en rekke private parter. Dersom en advokat har hatt mye med private parter i barnevernsaker er det vel ikke helt utenkelig at denne praksisen vil være med på å forme meninger og holdninger ved en senere dommergjerning. Uten at jeg tillegger det betydning for sakens utfall er det interessant

⁷⁶ Premiss nr. 78 EMD=REF00000647

å se at det muligens også forligger forskjeller i syn på slike saker avhengig av hvilket kjønn dommeren har. Det kan tenkes at synet på for eksempel det biologiske prinsipp avhenger av hvilken bakgrunn og hvilket kjønn man har. Jeg går ikke nærmere inn på dette her.

8.2 EMK art. 8 og internasjonal rettspraksis

I denne delen vil jeg gå inn på rettspraksis fra europadomstolen. Det er naturlig å gå spesielt inn på Adele-Johansen saken, men også enkelte av de andre dommene vil bli belyst.

8.2.1 Adele Johansen- dommen

Dom 7. august 1996, Johansen mot Norge.

Reglene om fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon ble aktualisert etter denne dommen, Norge ble dømt for overtredelse av EMK. Art. 8.

Sakens faktum⁷⁷:

Adele Johansen hadde en 12 år gammel sønn som hun på domstidspunktet var fratatt omsorgen for. Barnevernet var altså allerede koblet inn da hun den 7. desember 1989 fikk en datter. Situasjonen hennes ble dagen etter behandlet og den 13. desember ble det fattet vedtak om å overta omsorgen for den nyfødte. Begrunnelsen var at lederen for klient og pasient utvalget mente at klageren var ute av stand til å ta seg av barnet på bakgrunn av den psykiske og fysiske helsesituasjon. Dette vedtaket ble ikke påklaget. Raskt etter ble barnet plassert i et fosterhjem. Johansen fikk besøke barnet to ganger i uken. Spørsmålet om omsorgsovertakelse ble tatt opp og ble etter behandling vedtatt gjennomført. Det ble senere begjært at foreldreansvaret skulle fratas. Den 3. mai 1990

⁷⁷ Adele Johansen mot Norge, 07 08 1996, EMD 24/1995/530/616

ble begjæringen om omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar med plassering på sperret adresse tatt til følge. Nå var altså båndene kuttet og samvær ble nektet.

Livssituasjonen til Adele Johansen ble forbedret under saken og mindretallet i byretten mente at dette talte for at hun skulle få beholde omsorgen for barnet mens hun oppholdt seg på institusjon spesielt beregnet for slike forhold.

Vedtaket om omsorgsvedtak over barnet ble ført inn for rettssystemet, men Johansen tapte i byretten.

Etter at det nasjonale rettsystemet var uttømt klaget hun avgjørelsen inn for den europeiske menneskerettighetskommisjonen. Den fant at det forelå brudd på EMK art 8 Dette var første gang en norsk barnevernsak ble behandlet av den europeiske menneskerettighetsdomstolen.

Retten fant det bevist at det forelå brudd på artikkel 8 når det gjaldt vedtaket om å frata foreldreansvaret og retten til samvær.

Den rettslige vurderingen av saken:

Johansen hevdet at omsorgsovertakelsen samt fratakelsen av foreldreansvaret stred mot EMK art. 8 Dette ble bestridt av staten. Staten hevdet altså at inngrepet var i samsvar med intern-rettslige regler og ikke et brudd på konvensjonsbestemmelsen.

Domstolen fant det godt gjort at vedtakene var gjort med sikte på å beskytte ”helsen” og ”rettigheter og friheter” til klagerens datter. Når det gjaldt hvorvidt vedtaket var nødvendig i et demokratisk samfunn var det uenighet mellom Staten og kommisjonen på et sentralt punkt. Kommisjonen stilte spørsmålsteget ved hensiktsmessigheten av vedtaket. Domstolen ville altså foreta en ”nødvendighetsvurdering” av tiltakene som var utøvd. Det var altså ikke tvilsomt om tiltakene hadde hjemmel i nasjonal/internasjonal rett, men et spørsmål om tiltakene i dette konkrete tilfelle var nødvendig.

Domstolen var ikke enig i Johansens påstand om at vedtaket truffet 3. mai 1990 ble truffet uten at hun var trukket tilstrekkelig inn i saken. Både Johansens og hennes advokats synspunkter ble hørt. Domstolen var av den oppfatning at på dette område var

behandlingen forgått på en tilfredsstillende måte. Det ble vist til dommen W. mot Storbritannia og Mc. Michael-dommen⁷⁸. Saksbehandlingen innebar altså ikke brudd på art. 8.

Domstolen gikk så over til å behandle hvorvidt vedtaket om omsorgsovertakelse var i strid med art. 8.

Adele Johansen hevdet at det ble lagt for stor vekt på hennes fortid i Bergen som var preget av mange vanskeligheter. Situasjonen hadde blitt betraktelig bedre etter at hun flyttet til Oslo. Hun hevdet at hun ville vise samarbeidsvilje med barnevernet i Oslo, selv om så ikke var tilfelle da hun bodde i Bergen. Det dårlige forholdet til barnevernet i Bergen var forårsaket av hennes livssituasjon på tidspunktet da hun bodde der. Dette kunne etter hennes mening ikke brukes mot henne når hun hadde flyttet derfra og utviklet seg i positiv retning.

Videre kom hun inn på et meget viktig poeng i barnevernretten. Et nyfødt barn som blir flyttet til fosterhjem vil i mange tilfelle ha den konsekvens at det aldri vil bli gjenforent med biologiske foreldre. Formålet er gjenforening, men dette slår nok sjelden til i praksis. Det er barnets beste som skal legges til grunn på domstidspunktet og dersom barnet har vært lenge i fosterhjem er det sjelden dommen lyder på gjenforening, dette sees klart i den praksis som har utviklet seg på området. Det er sjeldent at den private part vinner saken.

Domstolen fant det imidlertid godtgjort at vedtaket om omsorgsovertakelse og opprettholdelsen av vedtaket var basert på grunner som samsvarer med art. 8. Helse og sosialstyret hadde på vedtakstidspunktet bygget vedtaket på at klageren led av alvorlige psykiske problemer som ville svekke barnets helse både fysisk og mentalt. Også problemer med samarbeidet mellom barnevernet og Johansen ble tillagt vekt. Opprettholdelsen ble vedtatt da barnet var i en fase av livet hvor det var avgjørende med trygge og stabile følelsesmessige forhold og innebar ikke en overtredelse av bestemmelsen i EMK.

⁷⁸ saken W mot Storbritannia side 28-29 og McMichael – dommen s 55 og 57

Bruddet med konvensjonsbestemmelsen gjaldt vedtaket om fratakelse av foreldreansvaret og retten til samvær med barnet. Det er på dette punktet dommen går inn i kjernen av denne oppgavens problemstilling. Etter kommisjonens mening bør overtakelse av omsorgen være et midlertidig tiltak som bør oppheves så snart situasjonen tilsier det. I art. 8 er det et krav om nødvendighet for at tiltakene skal være i samsvar med bestemmelsen. For at fratakelse av foreldreansvar er nødvendig må det etter kommisjonens mening foreligge særlig sterke grunner. Dette er lagt til grunn i en rekke høyesterettsdommer, for eksempel Rt. 1990 s.1274 og Rt. 1991 s. 557. Det var på det rene at klageren ønsket samvær med barnet, men at dette ble nektet under henvisning til at det ville være forstyrrende for det stabile og trygge fosterhjemmet. Etter kommisjonens mening kunne samvær bli gjennomført utenfor fosterhjemmet og på den måten unngå dette problemet. Bedringen til Johansen ble også tillagt vekt. Videre mente Johansen at tiltakene var gjort på bakgrunn av tanken om at adopsjon byr på bedre utsikter for barnets velferd enn langtids fosterhjemsopphold⁷⁹. Det er en kjensgjerning at når et slikt tiltak først er iverksatt blir foreldrene sterkt rammet og utsiktene for gjenforening er svært små. Staten mente på sin side at de sterke vitenskapelige forskningsresultater måtte ha betydelig vekt. Forskningen viser at det mer sannsynlig at adopsjon er et bedre resultat med tanke på barnets beste. Det problematiske samarbeidet med barnevernet ble også her trukket frem som et argument for avgjørelsen. En gjenforening ville kreve et godt samarbeid, noe som ikke var tilfelle i denne saken.

Domstolen var av den oppfatning at vedtaket om fratakelse av foreldreansvar innebar et brudd på art. 8. Etter domstolens mening kan slike vidtgående inngrep kun foretas i ekstraordinære tilfeller og der det etter en vurdering beviselig er til barnets beste⁸⁰. Det ble også påpekt her at vurderingen av hvorvidt det foreligger konvensjonsbrudd må bygge på omstendighetene på vedtakstidspunktet og ikke i lys av senere omstendigheter. Samværet med barnet hadde fungert greit i perioden før samvær ble nektet og, som nevnt tideligere, hadde Adele Johansen hatt en utvikling i positivt retning og det kunne synes som om det ble tillagt for stor vekt at barnvernet hadde tatt omsorgen for Johansens andre barn. Det kan virke som om det ble avgjørende, i

⁷⁹ Kjønstad og Syse 1997 s. 37

⁸⁰ Andersson-saken, 25 02 1992, Series A nr. 226A s. 31 pkt. 95

forbindelse med omsorgsovertakelsen, at samarbeidet med barnevernet ikke har fungert. Dette ble kritisert av EMD. Det ble anført at omstendighetene ikke kunne tilsi at de nasjonale myndigheter ble fritatt fra de forpliktelser de har til å legge forholdene til rette for gjenforening. Det var altså ikke bellegg for å frata moren foreldreansvaret og nekte henne samvær med barnet. Det ble ikke ansett for å samsvare med hensynet til barnets beste som er fundamentet for lovgivningen på dette området. I dommens slutfase blir det også kommentert at allerede et år etter 3.mai 1990 ble det konstatert så god bedring hos moren at hun kunne være i stand til å gi datteren en forsvarlig oppvekst.

Domsslutningen angående overtredelsen lød som følger:

”The applicant allegede that taking into care of her daughter s., the refusal to terminate the care and deprivation of her parental rights and access give rise to violations of article 8 og the convention (art. 8)”.

Barnevernet har gjennomgått store forandringer siden Adelen Johansens sak ble avgjort av norske myndigheter. Den største forandringen ligger nok i etableringen av fylkesnemnder. Et annet viktig moment er at samværet mellom foreldre og barn nå er lovfestet jfr. bvl. § 4-19.

Det er interessant å merke seg at nasjonale saker der utfallet har vært tvangsadopsjon har sunket kraftig de siste årene etter at Norge tapte i Strasbourg. Ifølge St.meld. nr. 40 er det ikke usannsynlig at denne saken har ført til en mer bevist tenkning i fagmiljøene rundt dette temaet.

8.2.2 K & T mot Finland

Finland ble i denne saken dømt for overtredelse av EMK. Art. 8. Kritikken fra retten gikk både på grunnene for overtakelsen av foreldreansvaret og på de metoder som ble benyttet for å gjennomføre overtakelsen. For at inngrep i familielivet ikke skal anses å være krenkende, må det komme inn under unntakene i art. 8 2. ledd. Det kan vises skjønn fra statens side når det kommer til vurderingen av om tiltaket er til barnets beste,

men skjønnnet er begrenset. I denne saken fant domstolen at Finland hadde gått lenger i skjønnsutøvelsen enn det som kunne aksepteres.

Sakens faktum:

K & T fikk en datter i 1986. Mor hadde diagnosen schizofreni og var av den grunn stadig til behandling. Behandlingen foregikk tidvis også under tvang. Da barnet ble født ble det umiddelbart foretatt en overtakelse av omsorgen og mor fikk bare se sitt barn under oppsyn fra dette tidspunktet. Denne beslutningen ble opprettholdt til og med den øverste forvaltningsdomstolen. Dette tok naturligvis lang tid og barna etablerte et nært forhold til fosterforeldrene. Staten hevdet etter hvert også at barna nå så på fosterforeldrene som sine egentlige foreldre og at det ville være skadelig å føre barna tilbake.

Et av spørsmålene som EMD da stilte var hvorvidt inngrepet kunne forsvaret ut fra at det var nødvendig i en demokratisikk samfunn jfr. EMK art 8. K & T var av den oppfatning at dette inngrepet var unødig hardt da de ikke hadde fått muligheten til å benytte seg av slektninger og sosial og helsevesen. Dersom dette hadde vært gjort ville problemet, etter deres mening, løst seg uten at så graverende inngrep ville bli benyttet. Staten på sin side innrømmet et inngrep i familielivet, men var ikke enig i at det stred mot EMK art. 8. Staten var av den oppfatning at dette inngrepet var utført i tråd med unntaksbestemmelsen i 2. ledd og forklarte det med at målet var å beskytte helse og moral samt andre personers, dvs. barnas, fri og rettigheter. Omsorgsovertakelsen var altså etter rettens mening uunngåelig for å oppfylle kravet om barnets beste.

Domstolene konkluderte med at inngrepene var lovlige og hadde akseptable siktemål.

Når det gjelder drøftelsen av om nødvendighetkravet er oppfylt vil det i stor grad dreie seg om hvorvidt staten har holdt seg innenfor den skjønnsmessige kompetansen som er bevilget de respektive stater, denne er altså ikke ubegrenset. Det var på dette punkt domstolen mente at Finland hadde overtrådt bestemmelsen. Retten fant at inngrepet var uforholdsmessig med tanke på den konkrete situasjonen. Barnets beste er den selvsagte målsetningen, og retten mente altså at andre, mindre inngripende tiltak kunne løst problemet i denne saken. I alle fall burde mildere inngrep vært forsøkt. Grunnene for omsorgsovertakelse var altså ikke gode nok, alternativer burde vært valgt.

Dommen reiser en annen interessant diskusjon, nemlig hvorvidt betydningen av kultur og bosted har innflytelse på definisjonen var ”barnets beste”. Det er vel antakelig slik at også dette er et tema som vil ha forskjellig innhold i de forskjellige kulturer. Selv om Europa ligger relativt nært kulturelt er det åpenbart at det finnes forskjeller som vil være med på at ”barnets beste” ikke har samme betydning overalt. Eksempel på dette er i kulturer der det er slekten som har hovedansvaret for å ta over der foreldrene ikke lenger makter sin rolle. Slik er det fortsatt i enkelte land. I Norge er det vel enighet om at barnevernet er en subsidær instans, muligens er den mer som en tertiær instans i andre land. Denne diskusjonen faller utenfor oppgaven og jeg går ikke nærmere inn på den her.

Grunnet oppgavens rammer kan jeg ikke gå nærmere inn på flere EMD-dommer, men jeg nevner også Olsson mot Sverige⁸¹, Bronda mot Italia⁸², L. mot Finland⁸³ og Scozzari og Giunta mot Italia⁸⁴ som belyser emnet.

9 Oppsummering

Barn trenger beskyttelse, også av og til fra sin nærmeste familie. I visse tilfeller vil det være til det beste for barnet om de ikke lenger bor hos sine biologiske foreldre og det er hjemmel i norsk rett til å frata den daglige omsorgen og også i enkelte situasjoner foreldreansvaret for å tilrettelegge for adopsjon. Dette er meget inngripende tiltak som fordrer en grundig saksbehandling. Dersom barnet blir adoptert bort, vil alle rettslige bånd til den biologiske familien bli borte. I praksis vil også som oftest kontakten blir brutt. Dette kan kun gjøres dersom det er til barnets beste. Jeg ser problemer med å ha et

⁸¹ Dom 24. mars 1988, serie A nr. 130

⁸² Dom 9. juni 1988, reports 1998-IV side 1476

⁸³ Dom 27. april 2000

⁸⁴ Dom 13. juli 2000

så skjønnsmessig vilkår i slike saker, men kan vanskelig se at det finnes noe alternativ. Man kunne kanskje tenke seg klarere kriterier for hva som skal vær med i en barnets beste vurdering, men selv om andre ord benyttes vil det overordnede mål fortsatt være å gjennomføre tiltak i tråd med prinsippet om barnets beste.

Beviskravet er lagt relativt høyt i disse sakene, Lindboe mener at det må være klart sannsynlig at det er til barnets beste å overta omsorgen eller frata foreldreansvaret, dette konkluderer han med ut fra foreliggende rettspraksis. Det bør kreves strenge vilkår og jeg er enig med Lindboe i at det også bør være klart sannsynlig at det er til barnets beste. Et problem med å legge liste for høyt er at det i enkelte tilfelle vil være umulig å gjennomføre tiltak pga. for høye beviskrav. Foreldreretten er sterkt vernet, dette kan komme i strid med barnets beste. Det skal veldig mye til før foreldreansvaret kan fratas foreldre med sikte på adopsjon. Men jeg har en følelse av at der saken først har kommet inn for rettssystemet er ofte situasjonen preget av store mangler ved foreldrenes evner til å ta vare på sine barn. Det man leser i rettstidende vil være en gjengivelse av saken, mange detaljer blir utelatt for å skjerme de involverte parter. Det er liten tvil om at barn i mange sammenhenger vil ha det bedre og tryggere dersom de ble adoptert, men de høye kravene til bevis og den meget sterke foreldreretten vil i de fleste situasjoner føre til at foreldreansvaret ikke fratas foreldrene og at adopsjonen derfor ikke gjennomføres. Tall fra fylkesnemndene viser at det i 1993 og 1994 ble gitt samtykke til adopsjon i 25 tilfeller pr. år⁸⁵. Dette har sammenheng med at det i stor utstrekning blir benyttet hjelpetiltak.

En interessant diskusjon er hvorvidt det bør være adgang til såkalt ”åpen adopsjon”. I dette ligger en rett til samvær for biologiske foreldre også etter en gjennomført adopsjon. Dette vil etter min mening være med på å gjøre valget noe enklere i konkrete saker der fortsatt samvær er ønskelig⁸⁶. I dag er det ikke adgang til dette i loven, men Høyesterett har kommet med en oppfordring til lovgiver i Rt. 1997 s.534 om å åpne for dette. Dersom et slikt system ble innført ville ikke retten stå ovenfor valget mellom adopsjon eller fortsatt samvær og barnets beste ville kunne bli ytterligere ivaretatt. Førstvoterende uttalte:

⁸⁵ St. Meld. Nr. 39 (1995-1996) s. 20

«Dette ville medføre at fordelene for barnet ved en adopsjon ikke måtte avveies mot fordelene ved fortsatt rett til samvær med biologiske foreldre.»

Barne og familiedepartementet har i St.meld. nr 40 uttalt at det er for mange betenkeligheter forbundet ved ”åpen adopsjon” til at departementet vil gå inn for en slik løsning. Faren for flere adopsjonssaker og vanskeligheter med gjennomføring av samværsretten blir nevnt. Likeledes blir det sagt at departementet ikke ønsker et todelt adopsjonsinstitutt og at eventuell tvangsgjennomføring uten sanksjoneringsmuligheter vil fremstå som uheldig. Jeg er ikke enig med Barne og familiedepartementet i deres konklusjon. Gode grunner taler for at det bør åpnes for samvær også etter en adopsjon. Slik situasjonen er i dag kan ikke domstolene pålegge samvær etter fullendt adopsjon. Dersom det er ønskelig at det skal være samvær mellom biologiske foreldre og barn fordi dette er til barnets beste må kan ikke samtykke til adopsjon gis. Dette på tross av at mye taler for adopsjon. Dersom systemet ble endret, slik Høyesterett har foreslått, ville det føre til barnets beste ble ivaretatt på en enda bedre måte. Høyesterett har i flere saker konstatert verdien av samvær mellom biologiske foreldre og barna jfr. Rt. 1997 s. 534, Rt. 1994 s. 323 og Rt. 1995 s. 85.

I praksis vil en gjennomføring av adopsjon mot foreldrenes vilje være delt inn i flere faser, først må omsorgen fratas dem, så må foreldreansvaret fratas. Etter dette må også fylkesnemnda gi samtykke til en adopsjon før selve adopsjonen gjennomføres i samsvar med adopsjonsloven. Det vil altså være en lang prosess der hvert enkelt trinn må være gjenstand for meget nøyaktig saksbehandling med tanke på at inngrepet er ytterpunktet av hva det offentlige kan iverksette mot en familie.

Litteraturliste

- Dahl, Tove Stang Barnevern og samfunnsvern, Oslo 1978
- Danelius, Hans Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Stockholm 1997
- Eckhoff, Smith (red) Forvaltningsrett 6.utgave, Oslo 1992
- Fleischer, Karl August Folkerett 2. utgave Oslo 2000
- Haugli, Trude Samværsrett i barnevernsaker 2. utgave, Tromsø 2000
- Haugli, Trude Konferanse om barnevern, betenkning om barnets beste, Internett: program.forskningsradet.no/vfo/artikler/TrudeHaugli.doc
- Hove Harald, Lov om barneverntjenester, Oslo 1995
- Kjønstad, Asbjørn Doms og matrialsamling i velferdsrett 1997
- Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak Oslo 1997
- Kjønstad, Asbjørn Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet
- Kjønstad, Asbjørn, Andreassen, Pål Morten, Oslo 2002
- Lassen, Rikke Mennesker og rettigheter nr.2 1998
- Lindboe, Knut Barnevernrett, 2.utgave, Oslo 1998
- Ofstad, Kari Barnevernloven kommentarutgave, Ofstad, Kari, Skar, Randi, 2.utg. Oslo 1995
- Sosialrett Krisian Andenæs....[et. al.]. Oslo 2003
- Sosial trygghet og rettssikkerhet Kjønstad, Asbjørn...[et.al.]. Bergen 2000
- Smith, Lucy Barn og foreldre, Smith, Lucy, Lødrup, Peter, 5. utg. Oslo 1999
- Smith, Lucy Foreldremyndighet og barnerett, Oslo 1981
- Stang, Elisabeth Gording Barns rett til foreldre, Oslo 1995
- Tjomsland, Steinar (red) Barnevern og omsorgsovertakelse, Oslo 1997

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 1982 s.1687	Rt. 1994 s. 805
Rt. 1994 s. 1654	Rt. 1999 s. 173
Rt. 1982 s. 764	Rt. 2000 s. 1498
Rt. 1994 s. 568	Rt. 1987 s. 289
Rt. 1995 s. 447	Rt. 1987 s. 578
Rt. 1995 s. 350	Rt. 1990 s. 946
Rt. 1986 s. 1189	Rt. 1991 s. 1090
Rt. 1995 s. 350	Rt. 1997 s. 534
Rt. 1995 s. 85	Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1985 s 52	Rt. 1985 s.344
Rt. 1990 s. 1274	Rt. 2001 s. 14
Rt. 1996 s. 1203	Rt. 1991 s. 557
Rt. 1992 s. 306	Rt. 1982 s.764

EMD-avgjørelser:

Adele Johansen mot Norge, 07 08 1996, EMD 24/1995/530/616
Rieme mot Sverige, 22 04 1992, series A nr. 226B pkt. 62 og 63
Andersson mot Sverige, 25 02 1992, Series A nr. 226A s. 31 pkt. 95
Olsson mot Sverige, 24. mars 1988, serie A nr. 130
Bronda mot Italia, 9. juni 1988, reports 1998-IV side 1476
L. mot Finland, 27. april 2000
Scozzari og Giunta mot Italia, 13. juli 2000

Forarbeider og etterarbeider

Innstilling O XV11 (1953)

Innstilling O nr. 80 (1991-1992)

Innstilling O nr. 19 (1985-1986)

NOU 1985:18

NOU 2000:12

Ot.prp. nr. 60 (1988-1989)

Ot.prp. nr.29 (2002-2003)

St. Meld. nr. 39 (1995-1996)

St.meld. nr. 40 (2001-2002)

BFD- retningslinjer om saksbehandling i barneverntjenesten, Q-0836 TRE